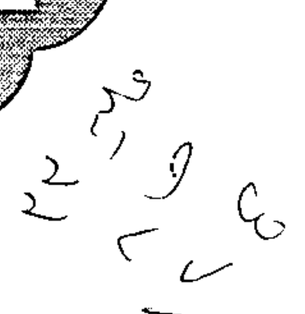


بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة آل البيت
كلية الدراسات الفقهية والقانونية
قسم الدراسات الفقهية

أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني

إعداد

جهاد سالم جريد الشرفات

الرقم الجامعي(٩٤٢٠١٠٤٠١٥)

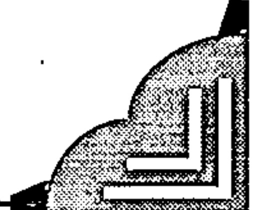
إشراف

الدكتور رحيل غرايبة

مشرف مشارك

الأستاذ الدكتور سعدون القشطيني

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه واصوله في كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة ال البيت



١٤٢٠هـ-١٩٩٩م

أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني

Rules Of Revoking Financial Donations According To Islamic Jurisprudence And Jordanian Law

إعداد

(جهاد سالم جريد الشرفات)

الرقم الجامعي ٩٤٢٠١٠٤٠١٥

إشـــراف

الدكتور رحيل غرايبة

المشرف المشارك

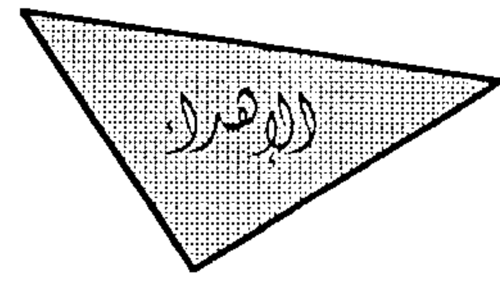
الأستاذ الدكتور سعدون القشطيني

أعضاء لجنة المناقشة

		التوقيع
الدكتور رحيل غرايبة	(مشرفاً ورئيساً)	....
الاستاذ الدكتور سعدون القشطيني	(مشرفاً مشاركاً)	....
الأستاذ الدكتور علي الصوا	(عضواً)	
الاستاذ الدكتور فاضل عبد الواحد	(عضواً)	....
الدكتور نوري خاطر	(عضواً)	....

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه واصوله في كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت

نوقشت اوصي باجازتها / تعديلها / رفضها بتاريخ ....



إلى جلالة المغفور له -بإذن الله- الملك الحسين بن طلال الذي قدم الكثير لأمته وشعبه، وكان من أروع مآثره وانجازاته هذا الصرح العلمي الرائد جامعة آل البيت، التي أرادها رحمه الله منارة علم ورسالة حق ومِشعل هداية خدمة لدين الله واعزازاً لشريعته، فله مِن الله الثواب، ومنا العرفان والتقدير.

إلى والديَّ الغاليين اللذين ربياني منذ نعومة أضفاري على حب العِلم والتطلع إلى الفضيلة، ومعالي الأمور.

إلى زوجتي العزيزة التي وقفت إلى جانبي، وامدتني بعزيمتها وإصرارها وتحملت معي كل الصعاب التي واجهتني.

لكل أولئك أهدي عملي هذا.

شكر وتقدير

بعد أن منّ اللّه عليّ بتوفيقه باتمام هذا البحث أجد لزاماً عليّ أن أُسدي الجميل لأهله والفضل لاصحابه بتقديم جزيل الشكر وعظيم الإمتنان لمشرفيَّ الفاضلين: فضيلة الدكتور رحيل غرايبة، المشرف الفقهي على الرّسالة، والأستاذ الدكتور سعدون القشطيني، المشرف القانوني عليها. اللذين كانا لي أثناء رحلتي مع هذا البحث بمنزلة الأب والأخ والمعلم، حيث لم يبخلا علي بنصائحهما القيمة وتوجيهاتهما الراشدة، التي كان لها أكبر الفضل وأعظم الأثر في تصحيح مسار هذا العمل. كما أذكر بالخير فضيلة الدكتور جمعه براج مشرفي الفقهي السابق على الرّسالة، والذي قطع معي فيها شوطاً لا بأس به أمدني خلاله بتوجيهاته وإرشاداته فلهم جميعاً جزيل الشكر والعرفان.

كما أجد لزاماً عليّ أن أتقدم بالتقدير لأعضاء لجنة المناقشة لتكرمهم بالموافقة على مناقشة هذه الرّسالة وهم:

فضيلة الأستاذ الدكتور فاضل عبد الواحد رئيس قسم الفقه وأصوله في كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت.

وفضيلة الأستاذ الدكتور علي الصوّا المدرس في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية.

والدكتور نوري خاطر المدرس في قسم القانون في كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت.

قائمة المحتويات

الملخص باللغة العربية

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على المبعوث رحمةً للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أمّا بعد:

فإنّ هذه الرّسالة التي تحمل عنوان أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني تعالج موضوعاً في غاية الأهمية، ذلك لأنّه موضوع له مساس بواقع النّاس، فالجميع قد يتعرض لموضوع التبرعات، إمّا متبرعاً أو متبرعاً له لذلك فهم بحاجة إلى معرفة مصير هذه التبرعات، ومدى لزومها وثباتها حتى يكونوا على بينة من أمرها فلا يقع عليهم غررٌ أو ضرر، ومن هنا نستطيع أن نلمس أهمية هذا الموضوع، وكونه موضوعاً جديراً بالدراسة والبحث، لذا فقد أوليته جُلّ عنايتي وفائق رعايتي حيث أمضيت في إعداده وتأليفه نحو ثلاثة أعوام واجهت خلالها مصاعب شتى وعوائق كثيرة إستدعت مني أن أكون أكثر حرصاً وأبلغ ثباتاً أثناء الغوص في ثنايا هذا البحث.

لقد بحث علماؤنا السابقون هذا الموضوع ضمن بحثهم التبرعات، ولكني وجدتهم قد بحثوه بصورة مختصرة للغاية لا تشفي الغليل ولا تقدم لهذا الموضوع صورة متكاملة واضحة كما أنهم لم يبحثوه بصورة مقارنة بين المذاهب الإسلامية، الأمر الذي حصرت فيه الفائدة في نطاق ضيّق، لذا ومن أجل إستكمال هذا الأمر قمت ببيان هذا الموضوع على جميع المذاهب الفقهية مستقصياً أدلتها في كل مسألة، وقد حرصت كلّ الحرص أن لا أترك شاردةً ولا واردة تخص هذا الموضوع إلا بينتها وأمطت اللثام عنها. لنصل بعد ذلك إلى بيان شامل كامل لجوانب الموضوع من غير تقصير مُخل أو تطويل ممل.

أمّا عن منهجي الذي سلكته في إعداد هذه الرّسالة فقد كان إنتهاج مسلك الاستيعاب لأهم القضايا الحساسة للموضوعات التي كانت مدار البحث فقد حرصت على إستقصاء جميع المسائل، وذكر جميع الأدلة، وذكر آراء كل مذهب بنفس الدّرجة من الحرص والعناية التي أوليتها للمذاهب الأخرى. ثم إنني سلكت مسلك النقد والتمحيص للآراء والأدلة التي تعرضت لها فما كنت أترك شيئاً إلا ووضحت رأيي

ونقدته بروح الباحث المنصف الذي لا يعرف التحيز إلا للحق والصواب، وهذا هو ديدني في كل الرِّسالة،وفي حياتي العلمية إن شاء اللّه. لقد أكثرت من محاورة العُلماء ومناقشتهم،والهدف كما قلنا الوصول إلى الصواب بما آتاني اللّه من فهم متواضع وبضاعة قليلة، ولذا فقد كنت أبحث عن نقاش العلماء لبعضهم في الكتب التي تهتم بهذا الجانب،ولكني لم أخرج منها إلا بالنزر اليسير،لذا اعتمدت على نفسي في محاكمة الآراء ونقد الأدلة وقد جاءت هذه الرِّسالة في جل ما دار فيها معبرة عن شخصية الباحث العلمية، وهذا ما وضعته بين عيني أن تكون شخصيتي واضحة بارزة في عملي،فلا أكون مجرد ناقل،ليس له إلا تجميع الآراء وصفها من دون إبراز للشخصية العلمية،والذي هو الهدف من وراء هذه البحوث والرسائل.

أمّا هذه الرسالة فقد جعلتها في مقدمة وخمسة فصول:

وقد بينت في المقدمة أهمية الموضوع، وسبب اختياري له، ومنهجي في العمل، والدراسات السابقة، ومشكلة البحث.

أمّا الفصل الأول في الرِّسالة فقد جعلته فصلاً تمهيداً حيث كان حول مفهوم الرُّجوع لغةً واصطلاحاً، وتكييفه الفقهي وبيان أثره، وقد تبين لي من كل ذلك أن الرُّجوع هو فسخ للعقد بعد تمامه، وأن أثره يبتدئ من تاريخ حصول الرجوع،فليس له أثر رجعي على الفترة التي تقدمت الرُّجوع.

وقد جعلت الفصل الثاني من فصول الرِّسالة لبيان حكم الرجوع في الهِبة بمعناها العام الشامل للهدية والصدقة والهِبة بمعناها الخاص،وقد جعلت هذا الفصل في أحد عشر مبحثاً. وقد أفردت المبحث الأول والثاني والثالث والرابع كتمهيد لهذا الفصل حيث اشتملت هذه المباحث على تعريف الهِبة بمعناها العام والخاص،وتعريف الهدية والصدقة، والنقد الموجه لآراء العلماء والتمحيص لها،للوصول إلى معناها الصحيح، وكل من هذه المباحث على درجة عظيمة من الأهمية؛ لكونها تخدم موضوع الرجوع في الهِبة، إذ كيف للمرء أن يحكم بجواز الرجوع أو عدمه في تبرع حصل أمامه وهو لا يفرق بين هدية أو هبة أو صدقة، لا شك أنه لن يستطيع التمييز بينها إلا بتعريفها بشمول وتوسع هذا من ناحية، ومن ناحية أُخرى فإن الصدقة عند جمهور العُلماء لها حكم خاص فيما يتعلق بالرجوع،يختلف عن حكم كل من الهِبة والهدية، فلا بد والحالة هذه من بيان شافٍ كافٍ لمعنى كل منها،حتى يكون الحكم دقيقاً وفي مكانه.

أمّا المبحث الخامس: فقد كان حول لزوم الهِبة واختلاف العُلماء فيه، فمنهم من قال بلزوم الهِبة بمجرد العقد، ومنهم من قال بأنها لا تلزم إلا بالقبض ومنهم من لم يقل بلزومها، وقد بينت آراء العُلماء في هذه المسألة إلى جانب رأي القانون المدني الأردني، كما أنني قد بينت في المبحث السادس أحكام القبض عند من قال به من العُلماء؛ لأنه شرط لزوم الهِبة عندهم، يترتب على تمامه تمام اللزوم، وعلى الخلل فيه خلل في اللزوم وهو أمر وثيق الصلة بموضوع الرجوع.

وقد ناقشت في المبحث السابع حكم الرجوع في الهِبة والهدية، وبينت أن العُلماء إختلفوا في هذه المسألة على تسعة آراء ذكرتها، وبينت أدلتها، وترجح لديَّ منها قول جمهور الشافعية القائل بأن الهِبة بعد لزومها بالقبض لا يجوز الرجوع فيها إلا للأب أو أحد سائر الأصول من الجانبين، كما أنني قد تعرضت لرأي القانون المدني الأردني وبينت حكم الرجوع في الهِبة والهدية فيه وأشرت إلى المثالب والنواقِص في بعض المواد التي ذكرها بهذا الخصوص.

أمّا المبحث الثامن فقد تعرضت فيه لحكم الرجوع في الصَّدقة حيث ظهر لي أن العُلماء اختلفوا في هذه المسألة على خمسة أقوال، وقد تبين لي أن بعض العُلماء أعطوا للصدقة حكماً خاصاً فيما يتعلق بالرجوع غير الحكم الذي أعطوه للهدية والهِبة، مع أن بعض الفقهاء لم يفرق بين الجميع فما ينطبق على أحدها ينطبق على البقية.

وقد بحثت في المبحث التاسع الهِبة بشرط العِوض، وبينت ماهيّة هذا العقد وتعرضت لنوعيه في حال كون العِوض مجهولاً، وفي حال كونه معلوماً، وقد بينت آراء العُلماء في صحة هذين النوعين وبينت تكييفهم الفقهي لهذا العقد في حالتيه المذكورتين، وقد توصلت إلى أن جمهور العُلماء عدوا هذا العقد بيعاً وإن كان بلفظ الهِبة إبتداءً.

وقد ناقشت في المبحث العاشر: الابراء وحكم الرجوع فيه وتوصلت إلى أنه إذا أبرأ صاحب الدين مدينه فليس له حق الرجوع ونقض الابراء.

أمّا في المبحث الحادي عشر فقد تحدثت عن الألفاظ التي يتم بها الرجوع، وكذلك التصرفات التي تدل عليه كالبيع والهِبة ونحوهما وبينت آراء العُلماء وأدلتهم في كل قول وفي كل تصرف من هذه التصرفات.

هذا وقد جعلت المبحث الثاني عشر لبيان أراء العُلماء في كيفية الرُّجوع عند ثبوته، وبينت إختلاف العُلماء وأدلتهم في مسألة احتياج الرجوع إلى قضاء قاضٍ أو عدم احتياجه في حال عدم التراضي بين الطرفين على الرجوع، كما أنني أتبعت ذلك ببيان رأي القانون في هذه المسألة.

أمّا المبحث الثالث عشر فقد تطرقت فيه إلى اختلاف العُلماء في إعتبار إسقاط الواهِب لحقه في الرجوع، فمن العُلماء من قال بأن حقه يسقط باسقاطه له ومنهم من قال لا يسقط بالاسقاط.

أمّا الفصل الثالث من الرِّسالة وهو الرجوع في العارية فقد جعلته في خمسة مباحث ذكرت في المبحث الأول تعريف العارية لغةً وشرعاً على المذاهِب الثمانية والقانون.

وفي المبحث الثاني منه تطرقت لبيان حكم الرجوع في العارية، وقد توصلت إلى أن رأي جمهور الفقهاء في هذه المسألة هو أن العارية عقد غير لازم سواء أكانت مؤقته أو مطلقة فلصاحبها الرُّجوع فيها متى شاء.

وفي المبحث الثالث والرابع والخامس تحدثت عن حكم الرجوع في الأرض المعارة للدفن والزراعة والغرس والبناء، وبينت في كل هذه المباحث كيف اعتنت الشريعة في رفع الضرر والغرر عن المستعير، وكذلك عن المعير باجراءات وتفصيلات ضمنت حقوق لا الطرفين.

أمّا الفصل الرابع فقد كان لبيان حكم الرجوع في الوقف، وقد قمت في هذا الفصل ببيان اختلاف العلماء بماذا يلزم الوقف؟ فمن العُلماء من قال بعدم لزومه إلا بالقبض، ومنهم من قال بلزومه بمجرد القول، وقد بينت أيضاً في هذا الفصل حكم الرجوع في الوقف، وظهر لي أن العُلماء متفقون على لزوم الوقف بمجرد صحته وتمام شروطه، فلا يجوز بعده نقضه ولا الرجوع فيه.

أمّا الفصل الأخير في هذه الرِّسالة: فقد جعلته لبيان حكم الرجوع في الوصية، وقد ظهر لي أن العُلماء متفقون على عدُّ الوصية عقداً غير لازم، فللموصي الرجوع في كل ما أوصى أو بعضه ما دام حياً، فإذا مات صارت الوصية لازمة لا يجوز نقضها ولا الرجوع فيها. كما بينت في المبحث الثالث من هذا الفصل بماذا يتم الرجوع في الوصية.

وفي نهاية الرسالة أجملت أبرز النتائج على شكل نقاط مفصلة.

تحليل أهم المصادر التي أستخدمت في الرِّسالة

لقد قمت بتحليل أهم المصادر التي رجعت إليها أثناء اعداد الرِّسالة وقد كانت على النحو التالي:

المصدر الأول: كِتاب الهداية شرح بداية المبتدي، تأليف شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني الميرغيناني.

يقع هذا الكتاب في أربعة أجزاء، وهو من كتب الحنفية المعتمدة في المذهب، أمّا منهج الإمام الميرغيناني في كتابه هذا فيتلخص فيما يلي:-

أولاً: انتهج الاختصار مع التدليل بإيجاز على كل مسألة، وبيان وجهها، وبيان الآراء في المذهب باختصار أيضاً.

ثانياً: كان يؤخر دليل المذهب المختار عنده ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وإن كان قدم القوي في الأكثر عند نقل الأقوال.

ثالثاً: إذا قال (مشايخنا) يريد به علماء ما وراء النهر من بخارى وسمر قند.

رابعاً: كان يعبر عن الآيات التي ذكرها فيما قبل (بما تلونا)، وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل (بما ذكرنا وما بينا)، وعن الحديث الذي ذكره فيما قبل (بما روينا)، وكان يعبر عن قول الصحابي رضي الله عنه بالأثر، وقد لا يفرق بين الخبر والأثر، ويقول فيهما (لما روينا).

ومنها أنه ربما يعبر عن الدليل العقلي فيقول (الفقه فيه كذا).

خامساً: أمّا اختصارات الكتب عنده حين ايرادها في متن كتابه فكان يعبر عن المبسوط للإمام محمد بن الحسن الشيباني بـ (الأصل)، ويعبر عن مختصر القدوري بقوله (المختصر)، ويعبر عن الجامع الصغير بقوله (الكتاب)، هذا وقد أفدت من هذا الكتاب القيم في الوصول إلى رأي المذهب الحنفي ومعرفة أبرز الآراء فيه وتكييف المسائل الفقهية بصورة مختصرة جعلني أعرف جزءاً من فقه المسائل عند هذا المذهب.

المصدر الثاني: تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى اقرب المسالك، تاليف الشيخ محمد الشيباني بن محمد بن احمد الشنقيطي الموريتاني.

هذا الكتاب هو شرح لكتاب تدريب السالك إلى أقرب المسالك للعلامة عبد العزيز الإحسائي، ولقد طُلب إلى الشيخ الشنقيطي بيان أدلة الفروع التي احتواها الشرح نظراً لخلو أكثر المصنفات عندهم من ايراد الأدلة.

كان منهجه في بلوغ هذا الهدف هو حرصه على ذكر الدليل الأصلي، والذي كان يعتمد فيه على أصول مالك وخصوصاً الكتاب والسنة والإجماع، وعمل أهل المدينة والقياس وأقوال الصحابة والمصالح المرسلة وسد الذرائع، والاستصحاب، والعرف.

أمّا اعتماده في ذكر الفروع فهو على الموطأ والمدونة والواضحة لابن حبيب.

لم يقصر المؤلف الشارح على المذهب المالكي، ولكنه تعرض للمذاهب الأخرى هذا وقد كان المؤلف الشارح يشير في الهامش على طريقة التأليف الحديثة إلى مراجع ومصادر النصوص التي استقى منها ما أورده في المتن من آراء.

لقد استفدت من هذا الكتاب كثيراً، فقد أرشدني إلى الآراء في المسائل وبعض الأدلة المهمة، الأمر الذي أعانني على طلبها من مراجعها الأصلية لعلمي بوجودها عندهم.

المصدر الثالث: روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام يحيى بن شرف النووي

اختصر المؤلف في كتابه هذا مع الترتيب والتنقيح كتاب «الوجيز» للعلامة أبي القاسم الرّافعي، والذي يعدُّ من الكتب التي حققت المذهب وجمعت منتشرة مع بالغ الإتقان وإيضاح العبارات.

أمّا منهج النّووي في كتابه الروضة:

١- كتابه وسط بين المبالغة في الإختصار والتوسع في الإيضاح فقد حذف الأدلة في معظمه وأشار إلى بعض الوجوه الخفية إشارة استوعب جميع فقه الكتاب حتى الوجوه الغريبة المنكرة، واقتصر على الأحكام دون المناقشات وقد ضم إليه فروع وتتمات، كما كان يستدرك ما يحتاج إلى إستدراك على الامام الرافعي وهذه الاستدراكات تعرف عند قوله قلت: وفي أخرهِ بقوله الله أعلم.

٢- إذا قال (على الجديد)، فالقديم خلافه وإذا قال القديم: فالجديد خلافه وحيث كان يقول على الصحيح أو الأصح فهو من الوجهين وحيث يقول على الأظهر أو المشهور فهو من القولين وحيث يقول على الأظهر أو المشهور فهو من القولين وحيث يقول على المذهب، فهو من الطريقين أو الطرق، وكان إذا ضعف الخلاف: قال: على الصحيح، أو المشهور، وإذا قوي قال: الأصح أو الأظهر.

هذا وقد أفدت من هذا الكتاب في تحرير المذهب الشافعي ومعرفة الآراء القوية والضعيفة فيه، وبيان الراجح من المرجوح والقوي من الضعيف.

المصدر الرابع: حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تاليف سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال.

هذا الكتاب هو في الفقه الشافعي وهو من أجلّ كتب الشافعية، وقد عمل مؤلفه على تلخيص الأقوال الفقهية للمذاهب الأربعة: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وأحياناً يأتي بأقوال الشيعة، والظاهرية أمّا من حيث الترتيب والتبويب فقد جاء وفق ما بوُب فقهاء الشافعية كتبهم وبالتحديد فإنه جرى مجرى شيخه أبي اسحاق الشيرازي في كتابه المهذب من حيث وضع العناوين لكل كتاب وباب وفصل.

وقد ألفه مؤلفه لطلب المستظهر باللّه حتى يطلع على آراء العلماء فيه ليكون ما يصدر عنه غير خارج عن مذهب من المذاهب.

يتسم هذا الكتاب بالعرض الموضوعي، البعيد عن التعصب لمذهب، لم يكن يرجح، وكان يورد الأدلة على الآراء التي يسردها مع توضيح الوجوه المختلفة في المذهب الشافعي وبيان القوي من الضعيف والصحيح من الأصح.

المصدر الخامس: المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الصالح الحنبلي.

هذا الكتاب هو شرح لمختصر الامام الخرقي وهو من أكابر علماء الحنابلة، وقد أراد ابن قدامة في هذا الكتاب أن يشرح مذهب الامام أحمد واختياراته، مع الإشارة إلى مذاهب علماء الأمصار لتعم الفائدة ويكمل المطلوب، مع الإشارة باختصار إلى بعض أدلتهم مقتصراً على المختار في تلك المذاهب.

كان يعزو ما يستطيع من الأحاديث إلى مصادرها ليميز بين الصحيح والسقيم. كان يبدأ في كل مسألة بشرحها وتبيينها، وما دلت عليه بمنطوقها ومفهومها. هذا وقد كان ابن قدامة يورد ما يدور بين العلماء من المناقشات بإسلوب علمي، رصين، سهل، هين.

وقد أفدتُ من هذا الكتاب الجليل في التعرف على آراء العُلماء في المسائل المختلفة ومعرفة بعض الأدلة المهمة التي اعتمد عليها كل رأي، وقد أفادني هذا الكتاب في رسم معالم رسالتي على أحسن ما يكون.

المصدر السادس: المحلّى، للإمام ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي.

هذا الكتاب شرح لكتابة المجلّى الذي كان كتاباً مختصراً، وقد أراد ابن حزم كتابة المحلى ليكون سهل المأخذ على الطالب والمبتدئ ودرجاً له للتبحر في الحجاج ومعرفة الاختلاف وتصحيح الدلائل المؤدية إلى معرفة الحق مما تنازع فيه الناس والوقوف على جمهرة السنن الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وتمييزها مما لم يصح والوقوف على الثقات من الرواة. لقد كان ابن حزم مناظراً بارعاً، حاور العلماء على صفحات كتابه بإسلوب علمي رصين ولو أنه كان في بعض المواقف حاداً على بعض من يناقشهم، ولكن القارئ لكتابه يخرج بفائدة عظيمة وهي كيفية مناقشة أقوال العلماء والرد عليها وبيان سقيمها من قويها. مما يجلو الأمر ويوضحه.

لقد إنتهج ابن حزم، وهو المحدث البارع أن لا يحتج إلا بخبر صحيح من رواية الثقات.

لقد أفادني هذا المؤلف في تنمية شخصيتي الفقهية فقد انتهجت أسلوبه في الحوار والمناقشة لكن مع احترام أقدار العلماء والتواضع الجم فيما أكتب وأعارض.

المصدر السابع: البحر الزّخّار الجامع لمذاهب علماء الامصار، للإمام احمد بن يحيى بن المرتضى.

هذا الكتاب هو من كتب الزيدية، وهو يتعرض لآراء علماء المذاهب الاسلامية الأخرى ويذكر أدلتهم، ويرمز لكل منهم برمز خاص اختصاراً ويعدّ هذا الكتاب من الكتب النافعة، عرضه مؤلفه بأسلوب دقيق، لا تعصب فيه ولا تعدي، يذكر أدلة بعض المسائل ولا يلتزم بهذا في غالب المسائل وينبه على الرأي الراجح في مذهبه بقوله قلت، أو قلنا.

لقد استفدتُ من هذا الكتاب في معرفة رأي الزيدية مختصراً محققاً الأمر الذي يسر عليّ عرض رأي الزيدية في غالب المسائل.

ن

المصدر الثامن: شرح النيل وشفاء العليل، تاليف محمد بن يوسف إطفيّش.

هذا الكتاب هو من أبرز كتب المذهب الإباضي وهو شرح لكتاب النيل وشفاء العليل، وهو كتاب مختصر، فجاء صاحب شرح النيل وشرحه واستفاض في شرحه، يذكر آراء العلماء من مختلف المذاهب وغالباً لا يشير إلى أصحاب هذه المذاهب فيقول قال البعض ورأي البعض وهذا يوهم القارئ بأن هؤلاء البعض هم من علماء مذهبه ولكن من يكون مطلعاً على آراء المذاهب الأخرى يصل إلى أصحاب القول المذكور، هذا الكتاب يكرر المسائل في كثير من المواقع. ويأتي بنصوص مختلفة من كتب الإباضية ليستشهد بها على مراده في المسألة ولكنها وللأسف غير مرتبة وغير منسقة بحيث أن القارئ يتشتت فكره في كثير من الأحيان فلا يعرف حدود المسألة هذه من أبرز المشاكل التي واجهتني في خلال قرآءتي لهذا الكتاب. هذا الكتاب في غالب المسائل لا يذكر دليلهما مما يقلل الفائدة منه.

المصدر التاسع: الخلاف، للشيخ ابي جعفر محمد الطوسي

هذا الكتاب هو في فقه الشيعة الإمامية، وهو من أفضل كتب المذهب، وهو كتاب مختصر يقع في ثلاثة مجلدات، وهو كتاب مقارنه بآراء المذاهب الإسلامية الأخرى باختصار ويستدل لهم بإيجاز، ويذكر بحوث هذا الكتاب على شكل مسائل، فيقول مسألة ثم يأتي بالحكم ويقول قال به فلان وفلان . . . الخ، ويذكر دليلهم ثم يذكر رأي الامامية ويذكر دليلهم على ذلك بعد عرضه لاراء العلماء بإيجاز.

لقد أفدت من هذا الكتاب في الاطلاع على الآراء في المسائل التي بحثتها رسالتي لكون الكتاب كتاب مقارن كما استطعت أن أعرف من خلال هذا الكتاب أبرز المسائل التي ينبغي أن تبحث.

المصدر العاشر: جامع المقاصد في شرح القواعد، للشيخ علي بن الحسين الكركي

هو شرح لكتاب قواعد الأحكام للعلامة الحِلّي، وهو بحث يعدُّ موسوعة فقهية قيمة لا يُمكن الاستغناء عنها، فقد نقل عن صاحب الجواهر قوله من كان عنده جامع المقاصد والوسائل والجواهر. فلا يحتاج إلى كتاب غيره للخروج عن عهدة الفحص الواجب على الفقيه في آحاد المسائل الفرعية.

ميزات هذا الكتاب: فيه تحقيقات حسنة لمسائل الامامية، يخلو من التطويل الممل والإختصار المخل وقد اعتمده الإمامية في أبحاثهم ومؤلفاتهم.

طريقة الكركي في شرح كتاب قواعد الأحكام سالف الذكر أنه يشرحه كلمة كلمة وسطراً سطراً لا يترك شيئاً من غير بيان، فهو يأخذ قطعة صغيرة منه ويقوم بالتعليق عليها وبيان الآراء الفقهية للإمامية مع بيان الأدلة وبيان الرأي القوي من الضعيف فهو مؤلف لا يذكر الآراء سقيمها وضعيفها دون بيان بل يبين القوي من الضعيف، ويدعم رأيه بالأدلة المعتبرة عندهم.

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

فلقد حثت الشريعة على أبواب الخير المتعددة وجعلتها من الأعمال التي تقرب المسلم من ربه لما لها من آثار عظيمة تعود على المجتمع المسلم بأسره أفراداً وجماعات بالخير والإزدهار، فركزت على أمر الوصايا والهبات والصدقات التي تزيد أواصر الألفة والمحبة بين أبناء الأمة الواحدة وركزت أيضاً على موضوع الأوقاف بجميع أشكالها والتي كان لها وما يزال دورٌ بارزٌ في التقدم العلمي والازدهار الذي عم أرجاء العالم الإسلامي بأسره فلقد كانت رافداً لطلاب العلم وخاصة الفقراء منهم، ولقد تخرج بفضل هذه الأبواب العظيمة خيرة العلماء والأساتذة الذين ملأوا الأرض علماً وفقهاً.

إذا نظرنا لهذه التبرعات أدركنا أهميتها وفضلها ودورها الكبير الذي لا ينكر، ومن المعلوم أن هذه التبرعات أمور مندوبة وليست واجبة، فلقد حثت الشريعة عليها من غير إلزام ولهذا السبب قد يحصل من بعض الناس الذين يقومون بهذه التبرعات رجوع عنها ونقض لها لطمع في نفوسهم وزهد في ثواب الله تعالى، فتجد أحدهم يتبرع بقطعة أرض لبناء مسجد مثلاً ثم ما يلبث أن تمر سنة أو سنتان يرتفع فيها ثمن الأرض حتى يتراجع عن تبرعه، أو يُوصي لأحد الاشخاص بوصية فاذا مات رجع الورثة في الوصية، وهذه امور تحصل كل يوم وقد يتعرض لها كل واحد منا، ولهذا فقد وضعت الشريعة احتياطات لتفادي هذا الامر ووضعت شروطاً وأحوالاً تنتقل بها هذه التبرعات من طور التبرع إلى طور الملكية التامة فليس كل من سولت له نفسه بالرجوع يحق له ذلك بل ان هناك حالات وظروفاً تصبح فيها هذه التبرعات ملزمة للمتبرع فلا مجال لمجرد التفكير في أمر نقضها أو الرجوع فيها.

ولما وجدت هذا الأمر لا يعرفه الناس لكونه من الامور المبعثرة في بطون الكتب والمشتتة في أبواب مختلفة، ورأيت الجهل بهذا الباب شائعاً حتى بين المتخصصين من طلبة العلم الشرعي علاوة على عامة الناس، لذا أحببت أن أضع حدوداً واضحة لهذا الموضوع وأصوره بصورة واضحة يراها جميع الناس وأوضح من خلالها مدى لزوم هذه التبرعات والشروط الشرعية التي تلزم بها والموانع التي تمنع من لزومها حتى يكون المسلمون على بينة من هذه التبرعات بحيث لا يقدم عليها أحد متبرعاً كان أو آخذاً إلا ويعرف ماله وما عليه فلا تحدث إرباكات أو منازعات أو خصومات أو آثار سلبية.

وبعدُ: فإنني أحمد الله تعالى الذي بفضله تتم الصالحات، على أن وفقني لتمام هذا الموضوع.

ثانياً: مسوغات اختيار الموضوع

لقد اخترت الكتابة بموضوع الرجوع عن التبرعات المالية لأسباب أجملها فيما يلي:

أولا: الجهل بحقيقة هذه التبرعات وهل هي ملزمة أم لا؟، فالمتبرع يعتقد بأنها أمور مستحبة فله أن يتبرع بها ثم يعود عنها ويرجع فيها متى شاء وفي أي حال شاء، ولكن الأمر خلاف ذلك فإنها وإن كانت تبرعات في بداية أمرها إلا أنها في حالات معينة تصبح ملكاً مؤكداً ثابتاً. إن الجهل بأمر هذه التبرعات وحقيقتها ناتج عن تفرق مسائل هذا الباب في أبواب مختلفة وتداخلها في مسائل أخرى فلم يفرد لها الفقهاء المتقدمون باباً مستقلاً مستوفياً لجميع جزئيات موضوعه وإن قُدِّم ففي صورة مختصرة للغاية لا تفي بالغرض المطلوب ولا تقدم صورة شافية للغليل، ولمّا وجدت الأمر هكذا شحذت همتي للغوص في هذا الموضوع وتقديمه بصورة متكاملة مستقصياً فيه جميع المسائل والقضايا ذاكراً الحلول المناسبة في كلّ قضية مقارناً ما أجده من مسائل على المذاهب الاسلامية المختلفة مرجحاً ما أراه صواباً إضافة لبحثي في الرأي القانوني الذي يزيد الموضوع فائدة ونفعاً.

ولهذا فإنني قد وضعت في بحثي هذا الشروط الشرعية التي تلزم بها هذه التبرعات، والطرق المشروعة في الرجوع في حال الجواز، والمسوغات المشروعة فقهاً وقانوناً المبيحة للرجوع والموانع والظروف والحالات التي لا تقبل فيها الرجوع، حتى يعرف المتبرع والمُتبرع له مالهما وما عليهما، فلا يعود في الأمر إشكالٌ أو لبس، لتكون الامور واضحة وضوحاً بيناً.

ثانياً: هناك أضرار وآثار سلبية تترتب على الاشخاص والجهات التي تمنح هذه التبرعات من جراء الرجوع فيها. التي يزيلها بحثنا هذا بتوضيح الاحتياطات الشرعية والقانونية التي يحتاط بها الأشخاص الذين منحوا هذه التبرعات، لكي لا يتم التلاعب بهم، وإيقاع الضرر المادي والمعنوي عليهم، وحتى يكون المتبرع لهم مطمئنين إلى استقرار معاملتهم ولا يكونوا مهددين بالرجوع في أية لحظة بعدما يكونون قد أضافوا إلى العقار المتبرع به إضافات كثيرة قد تكون كلفتهم جهداً ووقتاً ومالاً، ثم يذهب كلٌ ذلك سدى. إن هذه الامور المترتبة على الرجوع يكون معها الضرر العميم وعدم الإطمئنان لهذه التبرعات والمتبرعين بها، والذي يؤدي بدوره إلى زعزعة الثقة في التعامل بهذه العقود، فلا تؤدي دورها في المجتمع ولا يكون لها أثر إيجابي أبداً.

ثالثاً: ادبيات الدراسة

لم أجد في حدود علمي واطلاعي رسالة جامعية أو كتاباً حديثاً تطرق إلى موضوع الرجوع في التبرعات المالية الذي هو عنوان رسالتي هذه، كما أن أمهات الكتب الفقهية القديمة لم تضع لهذا الموضوع أبواباً مفصلة على نحو ما عملته فلقد تحدثت هذه الكتب عن التبرعات المالية بأنواعها ولم تتطرق إلى موضوع الرجوع تحديداً إلا بصورة مختصرة للغاية فلا تجد فيها إلا الحديث عن شروط اللزوم وشروط الصحة وكيفية إنعقاد هذه التبرعات والأمور التي يتم بها ذلك. وبالجملة فلقد أغفلت الدراسات السابقة نقاطاً كثيرة يمكن أجمالها بالآتي:

١- لم تبين الآثار السلبية المترتبة على الرجوع في التبرعات والتي تنعكس على الأشخاص والجهات الممنوحة هذه التبرعات وعلى دورها في المجتمع بأسره.

٢- لقد كان الحديث الذي يمس ناحية الرجوع عن هذه التبرعات مبعثراً ومشتتاً في مختلف الأبواب وبصورة غير منسقة ومترابطة الأمر الذي لا تكون الصورة معه واضحة للقارئ الذي يطلب الوصول إلى نتيجة في جواز الرجوع أو عدمه وفي الظروف والحالات والشروط التي تحكم هذا الامر وفي المسوغات المشروعة وفي الموانع التي تمنع في ذلك في الفقه والقانون.

٣- لم تقدم الدراسات القديمة هذا الموضوع بصورة مقارنة على مختلف المذاهب الفقهية الاسلامية، الأمر الذي حُصرت فيه الفائدة في نطاق ضيق لا يتعدى المذهب الذي ألف على ضوئه الكتاب ولهذا قدمت هذا البحث مقارناً بجميع المذاهب ذاكراً أدلتها والمناقشات التي دارت بين علمائها مرجحاً ما يدعمه الدليل الساطع والبرهان القاطع.

رابعاً: مشكلة البحث

ستحاول الدراسة الإجابة على التساؤلات التالية:

١- ما مدى لزوم التبرعات المالية؟ وهل تقبل الرجوع فيها أولا في الفقه الإسلامي والقانون الأردني؟

٢- هل هناك حالات مشروعة فقهاً وقانوناً تسوغ للمتبرع الرجوع فيما تبرع؟ وما الطرق التي يسلكها في ذلك؟

٣- هل للشروط الصادرة من المتبرع والمتبرع له أثرٌ على الرجوع في هذه التبرعات؟

٤- من يتحمل الآثار السلبية الناتجة عن الرجوع في هذه التبرعات؟ وما مدى إمكانية التعويض عن الأضرار الناتجة عن الرجوع فيها؟

٥- هل هناك احتياطات فقهية وقانونية يمكن للشخص المتبرع له الاحتياط من خلالها لما حصل عليه من تبرعات؟

خامساً حدود المشكلة:

إن حدود المشكلة مقتصرة على ماله علاقة بالرجوع عن التبرعات المالية على اختلاف أنواعها، فلن أتعرض بطبيعة الحال إلى هذه التبرعات بكل تفصيلاتها وجزئياتها، فلن أبحث على سبيل المثال في الوصية وأركانها وشروطها وأنواعها وبماذا تكون، ولن أتعرض في الوقف إلى أنواعه وشروطه وأركانه وما إلى ذلك، وفي الهبات لن أتعرض للتفصيلات المذكورة في الفرعين السابقين أيضاً.

وبالجملة فلن أتعرض إلا إلى ماله علاقة بشروط لزوم هذه التبرعات، فمن خلال ذلك نحدد إمكانية الرجوع أو عدمه، والإجراءات التي تتخذ في حالة حصوله والشروط التي تحكمه، والحالات التي تبينه.

سادساً: المنهجية

إن المنهج الذي سلكته في بحثي هذا هو منهج استقرائي يقوم على الخطوات التالي:

١- بحث كل مسألة بذكر أراء المذاهب الفقهية المختلفة، وذكر الآراء المختلفة في المذهب الواحد.

٢- وبعد تحرير أراء المذاهب الإسلامية في المسألة مدار البحث أقوم باستقصاء جميع الأدلة التي استدل بها كل مذهب على حده من كتاب وسنة وقياس وما إلى ذلك من الأدلة التبعية، مرتباً إياها كالتالي كتاب، سنة، إجماع، قياس . . .الخ، وفي كل دليل أذكر وجه الدلالة منه لأن العلماء كثيراً ما يستدلون بنفس الدليل في مذهبين مختلفين كلياً فكل عالم له فهم خاص لهذا الدليل غير ما يكون لأخيه الآخر، فهذه نقطة في غاية الأهمية لن أهملها في كلٌ دليل.

٣- وفي المرحلة الثالثة: يأتي دور المناقشات والردود التي رد بها كل فريق على الفريق الآخر، وذلك حتى نصل إلى الحق وإلى الراجح، فإن هذه المناقشات تثري البحث وتظهر جوانب الضعف والقوة في كل رأي، وتقدم صورة وافية عن كل دليل، بحيث يبدو للقارئ بصورة لا غبار عليها حقيقة هذا الدليل قوةً

وضعفاً، ولن أكتفي بما نقل عن علمائنا الافذاذ، فاكون مجرد ناقل ليس لي فهم مستقل بل سأسبر غور كل دليل وأبحثه عن طريق تخريجه من مصادره الأصلية، وأعرف درجته وحكم العلماء عليه صحةً وضعفاً، ومن خلال ذلك أقدم فهمي الخاص ووجهة نظري بنزاهة وتجرد تام متبعاً بذلك منهج سلفنا الصالح الذين علمونا التجرد للحق وللحق فقط.

٤- وفي المرحلة الرابعة يأتي دور الترجيح لما هو صواب من خلال ردود العلماء ومناقشاتهم والبحث في الدليل، فما اطمأن إليه قلبي وعقلي وفهمي رجحته وما لم يكن كذلك تركته بتجرد ونزاهة وتسامح بعيداً عن التعصب لمذهب بعينه أو دفاعاً أعمى من غير هدى أو دليل.

٥- كل ما تقدم هو في الجانب الفقهي فإذا انتهيت من كل المراحل الفقهية السالف ذكرها أتيت إلى وجهة نظر القانون وذكرتها مفصلة. وبهذا نقدم صورة مقارنة للمسألة فقهاً وقانوناً.

الفصل الأول

فصل تمهيدي

في

التبرعات المالية وماهية الرجوع

ويتألف من المباحث التالية:-

- المبحث الأول: تعريف الرجوع لغةً واصطلاحاً.
- المبحث الثاني: التكييف الفقهي للرُّجوع.
- المبحث الثالث: نطاق الرجوع في العقود والتصرفات.
- المبحث الرابع: في التبرعات المالية وماهيتها.

المبحث الأول: تعريف الرجوع لغةً واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريفه لغةً

يطلق لفظ الرجوع في اللغة على معانٍ كثيرة أهمها[١]:

الانصراف، والرّد، والعود.

والرجوع هو مصدر الفعل رَجَع، يَرْجع رَجْعاً ورُجُوعاً ورُجْعَى ورُجْعاناً ومَرْجِعاً ومَرْجِعةً: انصــــرف، وفي التنزيل: أنّ إلى ربك الرُّجــعى، أي الرجــوع والمرجع واسترجعت منه الشيء إذا أخذت منه ما دفعته إليه.

المطلب الثاني: تعريفه شرعاً:

لم أجد في حدود إطلاعي المتواضع تعريفاً له عند العُلماء غير الحنفية حيث عرّفه الكاساني في البدائع: بأنه فسخ العقد بعد تمامه[٢]، كما عرّفه الدكتور اسماعيل عبد النبي بأنه «نقض العقد القابل لذلك بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين بشروط مخصوصة»[٣].

---

(١) محمد بن منظور، لسان العرب، (ج٨) دار صادر، بيروت، ص ص ١١٤-١١٩، مادة (رجع).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦ ص١٨٦.

(٣) فتح الله تفاحة، الرجوع في العقود والتصرفات، ج١ ص١٥.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للرُّجوع

إتفق الحنفية على أن الرجوع بالتقاضي يعدُّ فسخاً[١]. ولكنهم إختلفوا في الرجوع بالتراضي، فجمهورهم يعدونه فسخاً وعلى ذلك بنوا مسائلهم وقال زفر: بل هو هبة مبتدأة، فعلى القول بانه هبة يحتاج إلى ما تحتاجه الهِبة من قبض، وعدم صحتها في المشاع عندهم وغير ذلك من أحكام الهِبة. وعلى القول بأنها فسخ لا تحتاج شيئاً من ذلك.

وفائدة الخلاف تظهر في رجوع الواهِب في الهِبة والموهوب له مريض، فإن كان بقضاء جاز، وإن كان برضاء فهو بمنزلة هبة مبتدأة تعتبر من ثلثه وتبطل إن كان عليه دين. وأمّا على إعتبار أنه فسخ في هذه الحالة فليس شيءٌ من ذلك يكون بل تعود الهِبة للواهِب كلها ولا تبطل بدين الموهوب له.

هذا عند الحنفية ولم أجد في حدود بحثي واطلاعي تكييفة عند بقية المذاهب إلا أنهم صرحوا في كثير من المواضع من كتبهم الفقهية بأن الرجوع فسخ حيث عدّوا من جملة الألفاظ التي تدل على الرجوع في الهِبة بمعناها العام قول الواهِب فسخت[٢] وكذلك الأمر في الوصية، وهذا يستلزم منا بيان الفسخ وماهيته.

أما الفسخ لغةً: فهو رفع الشيء وإزالته عن موضعه[٣]

وفي الإصطلاح: هو حل رابطة العقد سواء أكان حلاً من حينه أو من أصله[٤].

هذا وقد يكون الفسخ باتفاق الإرادتين -إرادة المتعاقدين- فيكون إقالة، وقد يكون بسبب افترضه الشرع. أي بعبارة أخرى أن العقد يكون غير لازم بأصله. لا بوصف دخل عليه أو غير ذلك من الأسباب. لذا قال السنهوري في كتابه مصادر الحق[٥] الفسخ هو إنهاء للعقد الصحيح ناتج عن شرط أدرجه المتعاقدان في العقد أو شرط إفترضه الشارع أو أنه ناشيء عن استحالة تنفيذ الالتزام.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٨٦.

(٢) أنظر محمد الدسوقي، حاشية الدُّسوقي، (ج٤)، دار إحياء الكتب العربية، ص.١١٠، يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، الطبعة الثالثة (ج٥)، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٩٩١م، ص٣٨٣.
منصور البهوتي، كشاف القناع، (ج٤) دار الفكر، لبنان، ١٩٨٢، ص٣١٦، علي الكركي، جامع المقاصد، تحقيق مؤسسة آل البيت، الطبعة الأولى (ج٩)، ١٩٩١، ص١٦٥.

(٣) راجع المصباح المنير، ج٢، ص٥٦٧.

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٨٧و ص٢٩٢.

(٥) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٦ ص٢١٥.

المبحث الثالث: نطاق الرجوع في العقود والتصرفات[1]

العقد عند الفقهاء إما صحيح وإما باطل فالصحيح ينقسم إلى نافذ وموقوف والنافذ إمّا أن يكون لازماً وإما أن يكون غير لازم، فالعقد اللازم حسب ما يعرفه العلماء أنه العقد الصحيح النافذ الذي لا يملك أحد المتعاقدين فسخه أو إبطاله أو التحلل منه، وهذا منه ما هو لازم لطرفي العقد ولا يقبل الفسخ بحال من الأحوال حتى ولو اتفق الطرفان على ذلك لأن طبيعته تقتضي هذا اللزوم، ولا يقبل الفسخ كالخلع والطلاق على مال، ومنه نوع يقبل الفسخ إذا اتفق المتعاقدان على ذلك كعقود المعاوضات من البيع والإجارة والمساقاة والصلح وهذا النوع يكون لازماً بمجر تمام العقد عند من لا يقول بخيار المجلس من الفقهاء.

أما القسم الثاني من أقسام العقد النافذ فهو العقد غير اللازم وهذا يعرفه العلماء بأنه العقد الذي يستطيع كل واحد من طرفيه أو أحدهما أن يتحلل منه ويفسخه بدون توقف على رضا الآخر، أمّا أسباب عدم اللزوم فهي إمّا أن يكون العقد بطبيعته غير لازم كالعارية والهبة عند الحنفية، والوصية، وإمّا أن يكون بسبب خيار من الخيارات كخيار الشرط وخيار المجلس ونحو ذلك.

ومن هذا يتبين لنا أن نطاق الرجوع يدور حول اللزوم وعدم اللزوم فما كان لازماً من العقود والتصرفات لا يملك أحد المتعاقدين فسخه بإرادته المنفردة وما كان غير لازم منها كان لكل منهما فسخه والرجوع فيه.

---

(١) أنظر المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، محمد مصطفى شلب، ص٥٥٨.

المبحث الرابع: في التبرعات المالية وماهيتها[١]

أولاً: معنى التبرعات والعقود الداخلة فيها

تختلف العقود والتصرفات باختلاف المقصود منها ذلك لأن العقد قد يكون المقصود منه تمليك شيء سواءً أكان الملك من الأعيان أو المنافع، وقد يكون المقصود من العقد هو الاستيثاق أو الحفظ، وقد يكون الغرض منه اسقاط الحق في الشيء، وقد يكون المقصود إطلاق يد الشخص في شيء كان ممنوعاً عن التصرف فيه وقد يكون الغرض تقييد الشخص غيره ومنعه من تصرف كانت يده قد اطلقت فيه، وقد يكون غير ذلك.

وقد قسم الفقهاء العقود إلى مجموعات تحتوي كل مجموعة منها على ما يندرج تحتها من عقود تتفق في مقاصدها والغاية الموجودة منها وأطلقوا على كل مجموعة اسم خاصاً بها يميزها عن غيرها ومع هذا فإنه قد توجد عقود تدخل في أكثر من مجموعة واحدة لأن لها أكثر من خاصية، وقد حصرها البعض في سبع مجموعات ما يهمنا منها ما يتعلق بالتبرعات وهي عقود التمليكات التي يكون المقصود منها تمليك الشيء فإن ورد التمليك على الأعيان كان بيعاً أو هبةً أو نحوهما وإن ورد على المنافع كان إجارة أو إعارة وقد يكون التمليك بعوض وقد يكون بغير عوض ومن هنا كانت عقود التمليكات على نوعين:

أولهما: عقود المعاوضات وتسمى عقود المبادلات أيضاً وهي ما قامت على أساس المبادلة بين المتعاقدين وعلى تملك كل منهما مال الآخر سواء أكانت المبادلة مبادلة مال بمال كالبيع بجميع أنواعه الشامل للسّلَم والصرف والقرض. أم كانت المبادلة مبادلة مال بمنفعة مال كالإيجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة والمضاربة أم كانت مبادلة مالٍ بما ليس بمال ولا منفعة مال كالزواج والخلع أم كانت مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع بطريقة المهاياة الزمانية أو المكانية فكل ما فيه معنى المعاوضة والمبادلة بين طرفيه فهو عقد معاوضة.

---

(١) بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية - بيروت- ص ص٤٨٦-٤٨٨، محمد مصطفى شلبي، المدخل للتعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٥. ص٥٦٧، وكذلك عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الحادية عشرة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٩. ص٣١٢.

هل تعتبر المنافع اموالاً؟[1]

تعريفها المنافع: هي الفوائد المقصودة من الأعيان كسكنى الدار وركوب السيارة ولبس الثوب.

لم يختلف الفقهاء بأن الأعيان أموال إذا أمكن حيازتها والإنتفاع بها، كما لم يختلفوا بأن الحقوق المتعلقة بغير المال كحق الحضانة وحق الولاية على القاصر ليست بمال أما المنافع والحقوق المتعلقة بالمال فقد اختلفوا فيها على رأيين وهما:

أولاً: رأي الحنفية قالوا أنها ليست بمال لعدم إمكان حيازتها بذاتها لأنها معدومة وإذا وجدت فإنها تفنى شيئاً فشيئاً .

ثانياً: ذهب الجمهور من غير الحنفية إلى أنها أموال لإمكان حيازتها بحيازة أصلها ولإنها هي المقصودة من الأعيان ولولاها ما طلبت ولإن الطبع يميل إليها وهذا هو الرأي الراجح باتفاقه مع العرف العام في المعاملات المالية وعلى هذا يتبين لنا أن العارية والتي هي من قبيل المنافع تكون داخلة في معنى المال.

(١) بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود مصدر سابق، ص ص ٣٠٢-٣٠٣.

ثانيهما: عقود التبرعات: وهي العقود التي يكون التمليك فيها من غير مقابل فإن المتبرع لا يطلب عوضاً عما تبرع به، وذلك مثل الهبة والوصية والوقف والصدقة والإعارة وإبراد المدين مما عليه من حق بحيث لا يبقى للدائن لمطالبته به فهذه هي عقود التبرعات وقد تكون تبرعات مالية وهي التي يكون فيها تمليك أعيان المالية كالهبة والوصية وقد تكون تبرعات على تمليك منافع مالية كالإعارة وقد تكون تبرعات ليست مالية كالتبرعات التي تتم بالأعضاء البشرية.

ثانياً: الاموال والمنافع تعريفهما وماهيتهما

المال في أصل اللغة: ما يقتنى ويملك من كل شيء سواء أكان عيناً أو منفعة[1]

المال شرعا[2]: إشترط الفقهاء لاطلاق اسم المال على الشيء أمرين:

١- أن يمكن إحرازه وحيازته.

٢- أن يمكن الانتفاع به انتفاعاً معتاداً وعلى هذا إذا لم يمكن إحراز الشيء ولا حيازته كالهواء الطلق وحرارة الشمس وضوء القمر والذكاء والعدالة وغيرها من الامور المعنوية لا يسمى مالاً شرعاً وكذلك الأشياء التي يمكن حيازتها ولكن لا يمكن الانتفاع بها كالأطعمة الفاسدة واللحوم الميتة لا يسمى مالاً شرعاً وأيضاً ما أمكن احرازه ولكن لا يمكن أن ينتفع به انتفاعاً يعتد به عند الناس كقطرة الماء أو حبة القمح فإن ذلك جميعاً لا يعد مالاً.

ومن هنا كان تعريف المال عند الفقهاء: ما يمكن حيازته واحرازه والإنتفاع به انتفاعاً معتاداً وقال بعض العلماء بأن المال هو اسمٌ لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ويمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الإختيار وعدم الضرورة.

---

(١) المعجم الوسيط، الطبعة الثالثة، ج٢، دار عمران، ١٩٨٥، ص ٩٢٧. مادة مول.

(٢) بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود مصدر سابق، ص ٢٨٤.، محمد مصطفى شلبي المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مصدر سابق ص ص٣٢٩-٣٣١.عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص ١٨٣.

الفصل الثاني

الرجوع في الهِبة

ويتألف من المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف الهِبة لغةً وبمعناها العام اصطلاحاً.

المبحث الثاني: تعريف الهِبة بمعناها الخاص شرعاً، وبيان أوجه النقد الموجهة لتعريفاتها.

المبحث الثالث: تعريف الهدية شرعاً، وبيان أوجه النقد الموجهة لتعريفاتها.

المبحث الرابع: تعريف الصدقة شرعاً.

المبحث الخامس: لزوم الهِبة بمعناها العام الشامل (للهدية، والصدقة والهِبة بمعناها الخاص).

المبحث السادس: أحكام القبض للصدقة والهِبة والهدية عند من قال به من العلماء.

المبحث السابع: حكم الرُّجوع في الهِبة والهدية في حال الإطلاق وعدم وإشتراط العِوض.

المبحث الثامن: الرجوع في الصدقة التطوعية.

المبحث التاسع: الرجوع في الهِبة بشرط العوض.

المبحث العاشر: الرجوع في الإبراء.

المبحث الحادي عشر: بماذا يحصل الرجوع حيث يثبت في الهبة بمعناها العام الشامل (للصدقة، والهدية، والهِبة بمعناها الخاص)؟.

المبحث الثاني عشر: كيفية الرجوع بعد تمام مِلك الهِبة أو لزومها.

المبحث الثالث عشر: اسقاط حق الرجوع ممن له الحق به.

تمهيد

قبل الشُروع في بيان أحكام الرُجوع في الهبة، لابدّ أن نبيّن أنّ الهِبة أو العطية عبارة عن لفظ عام، يشمل الهدية والصدقة والهبة بمعناها الخاص، وأنّ كُلاً من هذه الأنواع الثلاثة يُعدُّ نوعاً من أنواع الهبة، ولكن عند الاطلاق ينصرف المعنى إلى النوع الثالث، كما قال الشافعية، وكما وجدته عند غيرهم بالاستقراء، فعلى هذا تعدُّ كل صدقة وهدية هبة، وليس العكس لانفرادها في المعنى الخاص كما بيّنا.(١)

ولابدَّ أن يكون معلوماً أن الهدية تخالف الصدقة، فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لايقبل الصدقة، بينما كان يقبل الهدية، وذلك لأنَّ الأولى تُشعر باحتياج الآخذ، والثانيه تشعر بعظمته، ولابدَّ أن نعلم-أيضاً -أنَّ الهدية والهبة بمعناهما الخاص يخالفان الصدقة في بعض الأحكام، ومن جملة هذه الأحكام موضوع بحثنا هذا وهو موضوع الرجوع.

ولا شك أن البتَّ في هذا الموضوع يتوقف على التاكد من بيان ماهية نوع التبرع الذي تم هل هوهدية، أم صدقة،أم هبة بالمعنى الخاص؟ الأمرالذي يبرر توسعي في عرض تعريفات العلماء، لكل نوع من هذه الأنواع، وذلك حتى نميزه عن غيره، ونحدّد له حكمه المناسب كما بينة العُلماء عليهم رحمة الله تعالى، ثم إنَّ الاهتمام بتعريف الهِبة بمعناها العام له من الأهمية الشيء الكثير خصوصاً في موضوعنا هذا الذي يشترك فيه مع الهبة في مُسمَّى التَّبرعات الوقف، والوصية، والعارية. فلا بد، والحالةهذه، من الوقوف على بيان شامِل ومفصَّل لكل تبرع حتى لايقع الخلط بين هذه التبرعات.

وبعد هذا التقديم الموجز، فإنني سأقوم تالياً بذِكر تعريفات العُلماء مع شرحها في كل المذاهب مبيناً محترزات القيود في كلَّ تعريف، ثم أقوم بمناقشة هذه التعريفات لأصل بعد النقاش الى تعريف مختار بعون الله تعالى.

---

(١) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الطبعة الأولى (ج٢)، دار الجيل، بيروت،١٩٩١، ص٣٨٩.
محمد عرفه الدُسوقي، حاشية الدُسوقي،(ج٤)، دار إحياء الكتب العربية، ص٩٧.
ابراهيم البيجوري،حاشية البيجوري، الطبعة الأولى (ج٢)، دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٩٤، ص ص٨٧-٨٨.
ابن قدامة المقدسي، المغني(ج٨)، دار هجر للطباعة والنشر، ص ص٢٣٩-٢٤٠.
أحمد بن قاسم الصنعاني، التاج المذهب، (ج٣)، مكتبة اليمن الكبرى، ص٢٦١.
محمد بن يوسف إطفيَّش، شرح النيل وشفاء العليل، الطبعة الثالثه (ج١٢)، مكتبة الإرشاد، جده،١٩٨٥ص ص٥-٦.
علي الطباطبائي، رياض المسائل، الطبعة الأولى (ج٥)، دارالهادي، لبنان، ١٩٩٢،.ص١٧٠

المبحث الأول : تعريف الهبة لغةً وبمعناها العام وشرعاً

المطلب الأول : تعريفها لغة[1].

الهبة: من وَهبْتُ له هبةً، ومَوهِبَةً، ووَهْباً، وَوَهَباً إذا أعْطيتَهُ. ورجل واهِبٌ ووهّابٌ، ووَهُوبٌ ووهّابه أي كثير الهبة لأمواله.

والاستيهاب: سؤال الهبة، واتّهَبَ: قبلَ الهبة، والهبة هي: العطية الخالية عن الأعواض والاغراض.

(١) محمد بن منظور، لسان اللسان، (ج٢)، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ص ٧٦٣ - ٧٦٤.

المطلب الثاني: تعريفها شرعاً

أولاً:- تعريفها عند الحنفية

١- قالوا هي تمليك المال بلا عوض [١].

* شرح التعريف:- خرج بقولهم تمليك: الاباحة[٢] والعارية، أمّا الإباحة فلأنها ليست تمليكاً، حيث لايحق للمباح له التصرف فيها تصرّف المُلاّك بالبيع والشّراء ونحوه، بخلاف التمليك فله ذلك، وأمّا العارية فلأنها تمليك منفعةٍ لاتمليك عين، والتمليك ينصرف عند الاطلاق الى تمليك العين.

وخرج بقولهم بلا عوض: مافيه عوض كالإجارة؛ لأنّها تمليك منفعة بعوض، والبيع؛ لأنّه تمليك عين بِعوض.

ثانياً:- تعريفها عند المالكية

لاتُعدُّ الهِبة عند المالكية لفظاً عاماً يشمل الهدية، والصدقة كغيرهم من العُلماء، بل إنّ لفظ العطية هو اللفظ العام بدل لفظ الهِبة، فالهبة عندهم أحد أفراد العطية، والعطية تشمل عندهم العارية، والحبس (الوقف)، والصدقة، والهبة، والعُمرى، فعلى هذا تكون العطية بمنزلة الجنس، كالحيوان الذى يجمع الانسان، والفرس مثلاً، أو بمنزلة النوع، كالانسان الذي يجمع تحته الأبيض والأسود[٣] أمّا تعريفها عِندهم فقد قالوا إنّها "تمليك مُتمولٍ بغيرِ عِوض إنشاءً"[٤]

شرحه:- قولهم متمولٍ. أخرجوا به تمليك غيره، كتمليك الإنكاح في المرأة أو تمليك الطلاق.

* وقولهم بغير عوض، أخرجوا البيع وغيره من المعاوضات، وقولهم انشاءً، أخرجوا به الحُكم باستحقاق وارث إرثه؛ لأنه تمليك مُتمولٍ بغير عوض، إلا أنّ التمليك في العطية إنشاءً بخلاف الحُكم في الاستحقاق المذكور، فإنّه تقرير لما ثبت، فحاصلهُ أنّ التمليك موجود في الأمرين، إلا أنّ التمليك في الهِبة إنشاءً بخلاف التمليك في الاستحقاق، فليس إنشاء بل هو تقرير.

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الطبعة الأولى(ج٨)دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٩٤،ص٤٨٨.

(٢) الاباحة هي: الإذن والرُّخصة لآخر بأكلٍ وتناول شيء من المطعومات أي المأكولات والمشروبات بلا عوض .

(٣) الدُسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق،ج٤ ص٩٧.

(٤) الخرشي، شرح الخرشي، (ج٧)، دار صادر، بيروت، ص ص١٠١-١٠٢. على العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، ج(٧)، دار صادر، بيروت، ص ص١٠١-١٠٢.

ثالثاً:- تعريفها عند الشافعية.

وأبرز هذه التعريفات قولهم:

إنها التمليك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوعاً.[1]

شرحه

قوله التمليك: خرج به العارية والضيافة، والوقف؛ لأنها جميعاً إباحة عندهم وليست تمليكاً وخرج بقولهم (لعين) الدين وبقولهم بلا عوض ما فيه عوض كالبيع ولو بلفظ الهبة وخرج بقولهم في حال الحياة الوصية لأن التمليك فيها لا يتم إلا بالقبول وهو بعد الموت وخرج بقولهم (تطوعاً) ما هو واجب كالزكاة والنذور والكفارات ونحوها.

رابعاً:- تعريفها عند الحنابلة والزيدية

قالوا: هي تمليك في الحياة بغير عوض.[2]

شرحه

قولهم التمليك: خرج به ماليس بتمليك، كالعارية، فإنها إباحة عندهم.

وخرج بقولهم في الحياة: الوصية؛ لأنها بعد الموت، وخرج بقولهم بغير عوض: عقود المعاوضات كما عرفت.

خامساً:- تعريفها عند الاباضية.[3]

قالوا هي: تمليك بلا عوض.

شرح التعريف:- إطلاق التمليك يُراد به الأعيان، وقولهم بلا عوض خرج به ما هو بعوض كالبيع كما عرفنا سابقاً من التعريفات التي مرّت.

---

(١) البيجوري، حاشية البيجوري، مصدر سابق، ج٢، ص ص ٨٩-٩٠. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٣٩٦-٣٩٧. شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م، ص٤٠٥.

(٢) علاء الدين المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، تحقيق محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى، (ج٧)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص١١٦. ابن مفلح، المبدع، (ج٥)، المكتب الإسلامي، بيروت، ص٣٦٠. ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٣٩. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق،ج٣ ص٢٦١.

(٣) إطفيش، **شرح النيل وشفاء العليل**، مصدر سابق، ج١٢ ص ص٥-٦.

* المطلب الثالث:– نقد التعريفات المُتقدِمة.

ساقوم في هذا المطلب بتوجيه النقد والمناقشة لِما تقدَّم من تعريفات العُلماء للهِبة، مبيناً المآخِذ التي أخذت على كلِّ تعريف؛ لنصل إلى تعريف يخلو من الإعتراض، ويكون جامعاً مانِعاً.

اولاً:– امّا بالنسبة لتعريف الحنفية فيؤخذ عليه مايلي:–

١. نقضه بالهِبة بشرط العِوض، فهي هِبة ابتداءً عِندهم، وقولهم بلا عِوض أخرجها من نطاق الهِبة، ويجاب عن هذا الإعتراض بأنَّ الهِبة بشرط العِوض بيع انتهاءً عند جميع الحنفية فهي ليست هبة في المُحصِّلة، وإن كانت عند جمهور الحنفية هِبة ابتداءً.

٢. إنَّ هذا التعريف يصدق على الوصية أيضاً، ويجاب عن هذا بأنَّ التمليك إذا أُطلق انصرف الى الحال، والوصية ليست تمليكاً في الحال، وإنَّما هي تمليك مضاف لما بعد الموت فافترقا.

ثانياً:– نقد تعريف المالكية.

يؤخذ على تعريف المالكية ما يلي:–

١. إضافته لقيد (متمول) ليخرج نحو تمليك الانكاح في المراة، أو تمليك الطّلاق كما سبق بيانه، وبالإمكان الاستغناء عنه؛ لانَّ إطلاق التمليك ينصرف الى الأعيان لا إلى نحو ما ذكر.

٢. ويؤخذ عليه أيضاً خلوُّه مما يخرج الوصية، فلو قال (في حال الحياة) لخرجت الوصية؛ لأنَّها تمليك مضاف الى ما بعد الموت، كما يؤخذ عليه دخول الزكاة المفروضة في مُسمَّى العطية والهِبة؛ لأنَّها أيضاً تمليك بلا عوض، فلو قال تبرُّعاً لخرجت الزكاة المفروضة؛ لأنها ليست من التَّبرعات بل من الواجبات.

ثالثاً:– نقد تعريف الشّافعية.

فالذى أراه أنّه تعريف تلافى جميع ما سبق من ايرادات، اللّهم لولا إضافته لقيد (في عين)، إلا أنّه قد يعتذر له من ذلك أنّه، وكما ذكر من شرح التعريف، لم يخرج به هبة المنافع كالعارية، وإنَّما أخرج به هِبة الدَّين التي تُعدُّ إبراءً لا هبة في الحقيقة، وهذا أمر مدار بحث بين العُلماء كما سنعرف في موضعه لاحقاً.

رابعاً:- نقد تعريف الحنابلة والزيدية.

يؤخذ عليه خلوّه من قيد (تبرعاً) الذي يمنع دخول نحو الزكاة المفروضة والكفارات كما سبق بيانه.

خامساً:- نقد تعريف الإباضية.

يؤخذ على تعريفهم ما أُخذ على بعض التعريفات السابقة، وهو عدم وجود ما يخرج الوصية، وهو قيد في الحياة، وعدم وجود مايخرج الزكاة المفروضة وهو قيدُ (تبرعاً)

المطلب الرابع: التعريف المختار

بإجالة النظر في تعريفات العُلماء المتقدمة يتبيّن لنا أنّه لم يَسلم أيٌ منها من نواقِص ومثالبٍ، وإيرادات، إلا ما رأيت من تعريف بعض الشافعية وهو التعريف الثالث حيث نصَّ على أنّ الهِبة هي التمليك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوعاً. فهذا التّعريف يُعدُّ في نظري التعريف الوحيد الذي خلا من الايراد عليه، كما سبق بيانه، وهو ايضاً تعريف جامعٌ مانع كما رأيت، ولهذا فإنّي أختاره ليكون التعريف الأمثل للهِبة بمعناها العام.

المبحث الثاني: تعريف الهِبة بمعناها الخاص شرعاً، وبيان اوجه النقد الموجهة لتعريفاتها .

المطلب الأول : تعريف الهِبة بمعناها الخاص شرعاً.

قلنا إنّ الهبة لها معنيان: أحدهما عام، يشمل الهِبة بمعناها الخاص، والهدية، والصدقة التطوعية. والثاني خاصّ، وهو المُراد عند الإطلاق، كما أسلفنا في التمهد للمبحث الأول،وهذا المعنى اختلف العُلماء في تحديده وبيان ماهيته، وإليك تعريفاتهم كلّ حسب مذهبه.

أولاً: تعريفها عند الحنفية[1].

قالوا هي تمليك المال بلا عوض، وهو نفس المعنى العام الذي قدمناه في تعريف الهِبة بمعناها العام، والحق أني لم أجد في ضوء ما راجعت من كتبهم تصريحاً يبين أن هذا التعريف للمعنيين معاً العام والخاص، وعلى كل فهو يصلح أن يكون لهما معاً

ثانياً: تعريفها عند المالكية.

الهِبة والهدية لهما مدلول واحد عند المالكية، فليس ثمة فرق بينهما[2]، وكما علمت في مبحث تعريف الهِبة بمعناها العام أنّ المالكية لم يعدّوا الهِبة لفظاً عاماً يشمل الصدقة والهِبة بمعناها الخاص، كما هو الحال عند غيرهم من العُلماء، ولكنهم جعلوها فرداً من أفراد العطية، فالعطية هي اللفظ العام وليس الهِبة، وعلى هذا فالهِبة ليس لها إلا معنى واحد عندهم، وهو معنى مرادف لمعنى الهدية.

وقد عرّف عُلماء المالكية الهِبة أو الهدية بتعريفاتٍ عدة، فنختار منها مايلي:-

١) التعريف الأول: قالوا هي تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة[3]

شرحه:- قالوا في الكلام حذف تقديره، والهِبة بالمعنى المصدري لا للثواب، تمليك بلا عوض وللثواب أي ثواب الآخرة صدقة، فقوله ولثواب الآخرة معطوف على المقُدر، وهو قوله لوجه المُعطى له، أذن فالهِبة عند هؤلاء هي التمليك بلا عوض لوجه المُعطى (الموهوب له).

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٨٤.

(٢) الدسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص٩٧.

(٣) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٧ ص١٠٢. الدُسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص٩٧.

فقولهم تمليك: أي تمليك ذات، حيث خرج به تمليك المنفعة، كالوقف، والعارية، والعُمرى.

وقولهم بلا عوض: أخرج مافيه عوض، كالبيع وهبة الثواب.

وقولهم لوجه المُعطى: أخرج الصدقة؛ لأنّها لوجه الله تعالى.

ب) التعريف الثاني:- قالوا إنَّ التمليك بلا عِوض إذا قُصد به وجه المُعطى فقط كان هبة هدية اتفاقاً وما قصد به وجه الله إضافة الى وجه المُعطى كان هبة عند البعض وعند الجمهور أي جمهور المالكية-صدقة، إذن الهبة عند جمهور المالكية هي: التمليك الذى يُقصد به وجه المُعطى فقط.[1]

ثالثاً: تعريفها عند الشافعية.

عرّفها الشافعية بتعريفات عدة، أهمها ما يلي:

أنها تمليك تطوع في حياة، لا لإكرام ولا لأجل ثواب الآخرة، أو إحتياج (أي كون المُعطى له محتاجاً) بإيجاب وقبول[2].

رابعاً: تعريفها عند الحنابلة.

قالوا هي إعطاء الشيء، ليس لقصد التقرب الى الله تعالى، ولا لمحتاج، ولامحبة للمُهدى إليه وإكراما[3]

خامساً:- تعريفها عند الزيديّة

يمكن الاستنتاج من قولهم: بأنّ الهبة بمعناها الخاص يُراد بها التمليك في الحياة بلا عوض لغير ثواب الآخرة، أو لغير محتاج، وما لم ينقل إلى مكان الموهوب له إكراما[4]

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص٩٧.

(٢) البيجوري، حاشية البيجوري، مصدر سابق ،ج٢ ،ص٨٧. سليمان البيجرمي، حاشية البيجرمي، الطبعة الأولى(ج٣)، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٩٦م،ص٦٣٧.

(٣) منصور البهوتي، كشّاف القناع، (ج٤)، دار الفكر، لبنان، ١٩٨٢،ص٢٩٩.

(٤) الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٦١.

* شرح التعريف:- الهِبة هي التي لايكون فيها وصف الصدقة، وهو إرادة الثواب من الله، وعلى هذا فإنّ ما أريد به وجه المُعطى له يعدُّ هِبة عندهم، وكذلك فإنّ الهِبة هي التي لايكون فيها وصف الهدية، وهو النقل إلى مكان الموهوب له لقصد الإكرام.

سادساً:- تعريفها عند الاباضية.

قالوا هي التمليك بلا عِوض لغير ثواب الآخرة، وغير ثواب الدُّنيا، كالإعطاء لمجرد رقّة القلب أو أن يكون مهملاً-أي بلا سبب-.[1]

* شرحه:- أخرجوا بقولهم لغير ثواب الآخرة الصدقة؛ لأنّه يقصد بها ثواب الله تعالى في الآخرة، وأخرجوابقولهم غير ثواب الدنيا هبة الثواب، وهي التي يقصد منها حصول العوض الدنيوي لكن من غير شرط، وبيَّن صفة الهبة بأنّها تكون لمجرد رقة القلب مجرَّدة عن المعنيين المذكورين سابقاً، أو أنّها تمليك بلا عوض مجرد مهمل عن أي سبب.

سابعاً: تعريفها عند الإمامية:

قالوا هي تمليك العين تبرعاً مجرداً عن قصد القربة[2].

* أخرجوا بقيد قصد القربة، الصدقة التي تكون لقصد القربة من الله تعالى.

ثامناً:- تعريفها في القانون المدني الأردني

عرفتها المادة ٥٥٧ فرع أ من هذا القانون بما يلي: الهِبة تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض.

* المطلب الثاني: نقد التعريفات المتقدمة.

اولاً: نقد تعريف الحنفية: يُقال في نقده ما قيل في نقد تعريفهم للهِبة بمعناها العام فانظره.

ثانياً: نقد تعريفات المالكية

١) يؤخذ على المالكية عدم تمييزهم بين الهبة والهدية، فهما بمعنىً واحداً عندهم كما عرفت، وهذا ليس بصحيح؛ لأنّ قول رسول الله ﷺ « تهادوا تحابّوا »[3] يتضح منه أنّ الهدية هي ما وهبت إكراماً وتحبباً، ولكن بالنظر والعقل أنّه ربما يملّك

(١) إطفيّش، شرح النّيل، مصدر سابق،ج١٢، ص٦.

(٢) الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٥/ ١٦٩.

(٣) أخرجه البخاري، في الأدب المفرد، الطبعة الأولى، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ١٩٨٦ ص١٣٠،باب قبول الهدية، رقم الحديث(٦٠٧)

الانسان ماله من غير عوض، ليس تحبباً وتودداً بل عوناً ومساعدةً، فيكون هذا هو ما نسميه الهبة إو العطية. هذا وعلى الرغم من أنّ الهبة والهدية لايختلفان في الاحكام، وبخاصة في حكم الرُّجوع الذي نحن بصدده، إلا أنّ توضيح معناهما ضروري للتمييز بين كلٍ منهما.

٢) كما يؤخذ عليهم في تعريفاتهم السابقة خلوها مما يخرج الوصية، وهي انَّما تخرج بقيد في الحياة، ونحو ذلك من الألفاظ الدلالة على هذا المعنى.

٣) إنّ التعريف الثاني عندهم ليس تعريفاً دقيقاً؛ لانه جمع بين الصدقة والهدية والهبة في بعض الأحوال وعدّها جميعاً شيئاً واحداً، فقد يكون الشيء نفسه هدية وصدقة، أو صدقة وهدية، ويسأل من قال بهذا التعريف: أليس حكم الصدقة عندكم مخالفاً للهدية والهبة من حيث الرجوع؟ فسيقول نعم، نقول له عندئذٍ كيف يكون حكم الرجوع؟ والحالة هذه، هل نقول إنّ الواهِب يرجع ولا يرجع، أم ماذا. فالحاصِل أنّ هذا لايستساغ عقلاً، ولايستقيم فقهاً.

ثالثاً: نقد تعريف الشافِعية

يؤخذ على الشافعية قولهم إنّ الهبة بمعناها الخاص هي مايفتقر الى إيجاب وقبول، ولا أدري كيف يستقيم هذا، والايجاب والقبول لايُعدّان شيئاً مميزاً يميزنوعاً عن آخر.

رابعاً: نقد تعريف الحنابلة.

يؤخذ عليهم أنّهم لم يذكروا التمليك في حال الحياة بلا عوض، بل اكتفوا بقولهم إعطاء الشيء والاعطاء يصدق على الهِبة وغيرها من الوقف والعُمرى وغَير ذلك، ثم إنّ الإعطاء كلمة غامضة لم يتبين منها إن كان بعوض أم بغير عوض، وهي وإن كانت تحمل هذا المعنى ضمناً ، إلا أنّ هذا لايكفي، حيث لابد من البيان الشافي القاطِع للظن، وعلى العموم لو تداركوا مافاتهم كما بينا لكان المعنى الذى ذكروه صحيحاً.

خامساً: نقد تعريف الزيدية: يبدو لي أنَّ تعريفهم هو التعريف الأمثل من بين كل هذه التعريفات التي ذكرنا وسيأتي سبب ترجيحي له بعد قليل.

سادساً: نقد تعريف الإباضية: يؤخذ عليهم عدم ذكرهم للقيد المخرج للوصية وإلا فإنّ باقي المعنى يعدُّ صحيحاً.

سابعاً: نقد تعريف الإمامية:

يُؤخذ عليهم عدم إخراجهم للوصية، لعدم إضافتهم قيد في الحياة الذي يخرجها لأنها تمليك بعد الموت.

الراي المختار:

والذي أختاره تعريفاً للهبة بمعناها الخاص هو تعريف الزيدية لأنه تعريف جامع مانع حيث أخرج الوصية بقيد «في الحياة» وأخرج بقيد «بلا عِوَض» المعاوضات كالبيع، وأخرج بقيد «لغير ثواب الآخرة» الصدقة لأنّها لثواب الله في الآخرة وأخرج بقيد «عدم النقل» الهدية؛ لأنها هي التي تنقل في الغالب.

المبحث الثالث:- تعريف الهدية شرعاً وبيان اوجه النقد الموّجهة لتعريفاتها.

المطلب الأول:- تعريفها شرعاً:-

أجمع العلماء في الجملة أنّ التمليك بلا عوض، إذا كان مقصوداً منه الاكرام للمُهدى إليه واكتساب مودته ومحبته، أنه يكون هدية، والمتأمل تعريفات العُلماء التي ستأتي بعد قليل يجد أنّ من العُلماء من أضاف الى هذه الغاية -أي غاية الاكرام والتحبب- النقل الى مكان الموهوب له، وبحسب ما ظهر لي فانّ اعتماد العُلماء في تحديد معنى الهدية والصدقة والهِبة كان مبنياً على العُرف، وإليك الآن تعريفاتهم لها مع إضافة كل تعريف للتمليك بلا عوض، كلٌ حسب ما ورد في مذهبة، لأنّ الهدية نوع من الهبة بمعناها العام كما مرّ سابقاً.

اولاً: تعريف الحنفية.

* قالوا هي المال الذي يُعطى لأحد أو يُرسل إليه إكراماً.[1]

شرحه: أي بالاضافة لمعنى التمليك بلا عوض الوارد في تعريفهم لها بمعناها العام ، فإنّ الهدية هي ما ذكروا. وقولهم يُعطى لأحد أو يرسل إليه فإنّهم بقولهم هذا لم يجعلوا النقل صفة من صفات الهدية أو شرطاً من شروطها كغيرهم كما سيأتي لاحقاً، وقولهم إكراماً: احترازاً عن الرشوة؛ لأنها بشرط الإعانة

ثانياً: تعريف المالكية.

الهدية عندهم هي الهبة نفسها، كما رأيت في المبحث الثاني في تعريفهم لها.

ثالثاً: تعريف الشافعية

عرفها الشافعية بتعريفات عدّة، نذكر منها:-

١- قال بعضهم إنّها -أي إضافة لمعنى التمليك بلا عوض المتقدم في تعريفهم لها بمعناها العام- ما يبعثه المُهدي إلى المُهدى إليه إكراماً.[2]

---

(١) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مصدر سابق، ج٢،ص٣٩٣.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥، ص ص٤٠٥-٤٠٦. البيجوري، حاشية البيجوري، مصدرسابق،ج٢،ص٩٠. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩٧.. عبد الله الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، الطبعة الثانية (ج٢)، إدارة إحياء التراث الاسلامي، قطر،١٩٨٧، ص٤٣٤. شرف الدين المُقرئ، إخلاص الناوي، تحقيق عبد العزيز زلط(ج٢)، قطر، ١٩٩٠،ص٤٦٦.

* فالظاهر من هذا التعريف أنه لابدّ من إجتماع الأمرين معاً، النقل الى مكان الموهوب له مع قصد الإكرام والتحبب.

٢- وقال البعض منهم: والظاهر أنّ الاكرام ليس شرطاً، فالشرط هو النقل.[١]

٣- وقال البعض أيضاً: وقد يقال احترز به عن الرشوة-أي لفظ الاكرام-ولايقع اسم الهدية على العقار؛ لأنّه ليس منقولا[٢]. وهذا يُعدُّ نقيضاً للقول السابق.

* رابعاً: تعريفها عند الحنابلة

قالوا هي ما يُقصد به إكرام شخصٍ معيَّن، إمّا لمحبة أو صداقة، ولم يتطرقوا الى شرط النقل- حَسَب ما رأيت-.[٣]

* خامساً: تعريفها عند الزيدية

قالوا هي ما ينقل الى مكان الموهوب له إكراماً، ولاتكون عندهم إلا فيما ينقل، كالثياب والحيوانات وسائر المنقولات، لا في غيرها من العقارات، كالدُّور، والأراضي التي لاتقبل النقل.[٤]

* سادساً: تعريفها عند الإباضية.

قالوا: هي ما قُصد به استمالة القلب.[٥]

* سابعاً: تعريفها عند الإمامية.

قال بعضهم: الهدية ضرب (نوع) من الهبة، مقرونة بما يُشعر بإعظام المُهدى إليه وتوقيره، ولايشترط لتحققها كونها على يد رسول [٦]

وقال البعض الآخر منهم: إنّها ما يُحمل من مكان الواهب الى مكان الموهوب له، إعظاماً له توقيراً. [٧]

---

(١) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق،ج٢ ص٣٩٧.

(٢) الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج٢،ص٤٣٤.

(٣) عبد الرحمن بن قاسم، الإحكام شرح أصول الأحكام، مصدر سابق،ج٣ ص٣٨٥. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق ج٨، ٩ ص ص٢٣٩-٢٤٠. البهوتي، الرَّوض المربع، مصدر سابق،ج٢ص٣٩٤.

(٤) الصنعاني، التاج المذهَب، مصدر سابق، ج٣،ص ص٢٦١-٢٧٥. أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخّار، (ج٤)، دار الحكمة اليمانية، صنعاء،ص١٣١.

(٥) إطفيّش، شرح النّيل، مصدرسابق، ج١٢ ص٤٣.

(٦) علي الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، تحقيق مؤسسة آل البيت، الطبعة الأولى(ج٩)، ١٩٩١م،ص١٤١.

(٧) المصدر ذاته،ج٩ ص١٤١.

ثامناً: تعريفها في القانون المدني الاردني:

لم يرد في هذا القانون تعريف للهدية، ولما كانت الفقرة الأولى من المادة (١٤٤٨) من القانون نفسه تلغي ما يتعارض مع أحكامه من مجلة الأحكام العدلية فقط وما لايتعارض يبقى العمل به سارياً، فقد ورد في المادة (٨٣٤) من مجلة الأحكام العدلية بأنّ «الهدية هي المال الذي يُعطى لأحدٍ أو يرسل إليه إكراماً».

المطلب الثاني: نقد التعريفات

اولاً: نقد تعريف الحنفية

يؤخذ عليه أنّه لم يعطِ الصورة الكاملة للهدية كفرع من فروع الهِبة التي هي التمليك بلا عوض حال الحياة، فكان الأولى أن يذكروا هذا ولايهملوه؛ لأنّ تعريفهم للهدية، كما مرّ، يوهم بدخول الوصية التي قد تكون لأجل الإكرام، مُعلوم أنّ الوصية شيء والهِبة شيء آخر، فكان لابد من وضع القيود كلّها ثم تمييز أنواع الهِبة عن بعضها بالنيّة، بأن يكون ما بُعث على وجه الاكرام والتحبب هدية، وأنّ ما بُعث على وجه طلب الثواب من الله تعالى يكون صدقة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فانّ قولهم في شرح التعريف إنّ قيد الاكرام وضع لاخراج الرشوة؛ لأنها بعوض، فالرّاشي لايعطي للمرتشي الرشوة إلا في مقابل قضاء حاجة ما، وهذا عوض في الحقيقة، فيخرج، كما قلنا، بقيد بلا عوض المذكور.

ثانياً: نقد تعريف المالكية.

لقد عرفنا أنّ المالكية عدّوا الهدية والهبة بمعنىً واحداً، لذا فإنّه قد سبق لنا في مبحث تعريف الهِبة بمعناها الخاص توجيه النقد لتعريفاتهم فراجعها هناك.

ثالثاً: نقد تعريفات الشافعية.

1) بالنسبة للتعريف الاول:

فقد اشترط انضمام النقل والاكرام معاً الى المعنى العام، لكي تكون هدية، فلا يكفي أحدهما بناء على هذا الرأي، ولكن الصحيح أنّ النقل ليس شرطاً أصلاً لانتظام أن يقول الرجل أهديتك بيتي، مع أنه لاينقل هذا مايقرره العُرف.

ب) امّا قولهم الثاني إنّ الاكرام ليس شرطاً، وأنّ الشرط هو النقل فغلط ظاهر لمخالفته لمقصد الحديث الشريف "تهادوا تحابوا"[(١)] فقد جعل تحصيل المحبة من مستلزمات الهدية، فالهدية ما تكون على وجهة الاكرام وتحصيل المحبة والمودة.

ج) امّا قولهم الثالث:- بأن اسم الهدية لايقع على العقارات بل على المنقولات، فالعرف يناقضه، كما تقدم.

رابعاً:- نقد تعريف الحنابلة والاباضية.

يؤخذ عليهما أنّهما لم يذكرا التّمليك بلا عوض، الذى تندرج الهدية تحته، مما قد يوهم بدخول غيرها من التمليكات، كالوقف والوصية.

خامساً: نقد تعريف الزيدية.

يؤخذ على تعريفهم أشتراطه النقل وقد عرفت ردنا في مناقشة التعريف الأول عند الشافعية.

سادساً: نقد تعريف الامامية.

فبالنسبة لتعريفهم الاول فإنّه تعريف غير دقيق؛ لأن القصد من الهدية استجلاب المودة والمحبة، كما عرفنا، لا الإعظام

أمّا التعريف الثاني فقد وقع بخطأ إضافة النقل، وعدم الدقة بجعله الهدية لقصد التعظيم أيضاً.

سابعاً:- نقد تعريف المجلة:

يؤخذ عليه ما أُخذ على تعريف الحنفية، من كونه لم يذكر التمليك بلا عوض حال الحياة، الأمر الذي يوهم بدخول الوصية والوقف وغيرها

---

(١) سبق تخريجه ص ٢٤.

المطلب الثالث: التعريف الصّحيح.

لم يخل أيٌ من التعريفات السابقة من نواقص وإيرادات، كما رأيت، لذا فإنّي أرى أنّ الهدية، وعلى ضوء الآحاديث الشريفة التي أشرنا لبعضها اثناء تعريفنا ومناقشتنا للهدية، وعلى ضوء من العرف كذلك، أرى أنّ الهدية هي التمليك بلا عوضٍ في حال الحياة تطوعاً محبةً للشخص، واكراماً له.

وقد رأيت أنّ هذا التعريف هو التعريف الصحيح للهدية للأسباب التالية:-

اولاً:- إنّ في هذا التعريف توضيحاً تاماً جامعاً مانعاً، حيث ذكر التمليك بلا عوض في حال الحياة الدال على الهبة الذى يمنع من دخول غيرها فيها، كالوقف، والوصية، والعارية ، ونحو ذلك، وفائدة ذكر التمليك على نحو ما ذكرنا، هو للدلالة على أنّ الهدية فرع من فروع الهبة بالمعنى العام، فلا بد أن تحتوى عناصرها.

ثانياً: إنّ الهدية تحمل معنى المودة والمحبة بنص حديث رسول اللّه (صلى الله عليه وسلم) "تهادوا تحابّوا"[1] فقد جعل عليه الصلاة والسلام تحصيل المودة والمحبة من آثارها، وأنّ السبب وراء إعطائها هو لأجل تحصيل هذه الثمرة، لذا فإنّ هذا السبب دون غيره هو الذى يميز الهدية عن غيرها، وأنّ المعاني الأخرى التي ذكرها بعض العُلماء ليست صحيحة، وقد بينّا في المناقشة ضعفها ووهاء أمرها.

---

(١) سبق تخريجه ص ٢٣

المبحث الرابع: تعريف الصدقة شرعاً.

لقد بيّنا في التمهيد لهذا الفصل أنّ الصدقة والهدية نوعان من الهبة بمعناها العام، وأنّهما الداخلتان ضمن مفهوم الهبة العام، فالهبة على هذا بمنزلة الجنس الذى يضم عدّة أنواع تحته، كالحيوان مثلاً الذى ينضوي تحت مسمّاه كلٌ من البقرة والشاة واللّذين يطلق عليهما لفظ حيوان على الرغم من أنّ النّوع مختلف، وبهذا يتبين لك العلاقة بين الهبة بمعناها العام، وأفرادها المنضوون تحتها، وهم الصدقة، والهدية، والهبة، بالمعنى الخاص.

ثم لابدّ أن تعلم أنّ الفقهاء جميعاً، وعلى مختلف مذاهبهم، قالوا إنّ ما يميز الصدقة والهدية والهبة بمعناها الخاص عن بعضها بعضاً، هو القصد والنيه من المُعطى[1] فإذا عرفت هذا، فاعلم أنّ العُلماء عندما ذكروا معنى الصدقة ذكروه مضافاً لمعنى الهبة بمعناها العام، والذي فصلناه قبل قليل، والذي نستطيع إجمال معناه بأنّه التمليك في حال الجياة بلا عوض تبرعاً، فإذا أضفنا لهذا المعنى المعاني التي سنذكرها الآن والتي إختلفت فيها تعبيرات العُلماء، فإننا سنعرف معنى الصدقة عند كلٍ منهم. وإليك الآن تعريفاتهم لها:-

التعريف الأول:- إنّها- إضافة لمعنى التّمليك بلا عِوض الوارد في تعريف الهبة بمعناها العام- ما يُعطى لقصد ثواب الله في الآخرة فقط، دون أي قصد آخر من إكرام أوتودد. قال بهذا الحنفية [2]، وبعض المالكية [3]، وبعض الحنابلة[4]، وهو رأي الإباضية[5] . والإمامية.[6]

(١) علي حيدر، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام، مصدر سابق، ج٢،ص٣٩٤. الدّردير، الشّرح الكبير، مصدر سابق، ج٤،ص٩٧. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥،ص٤٠٥. البهوتي، كشّاف القِناع، مصدر سابق، ج٤،ص٢٩٩. إطفيّش، شرح النيل مصدر سابق، ج١٢، ص ص٥-٦.الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق،ج٩،ص١٥٨.

(٢) ابن نجيم، البحر الرّائق، مصدر سابق،ج٧، ص٢٩٠. شمس الدين السّرخسي، المبسوط، ج١٢،دار المعرفة، بيروت،١٩٩٣م، ص٥٤. علي حيدر، درر الحكّام، مصدر سابق، ج٢، ص٣٩٤.

(٣) الدّسوقي، حاشية الدّسوقي، مصدر سابق، ج٤، ص٩٧.

(٤) البُهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٢،ص٢٩٩. ابن مفلح ،المبدع، مصدر سابق،ج٥،ص٣٨٥. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩٤.

(٥) إطفيّش، شرح النّيل، مصدر سابق،ج١٢، ص ص٥-٦.

(٦) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩،ص١٥٨.

* التعريف الثاني: إنّها إضافة لمعنى التمليك في حال الحياة بلا عوض – ما يُملّك لقصد ثواب الآخرة ، ولو مع قصد وجه الموهوب له أيضاً ، وهذا رأي جمهور المالكية.[1]

* التعريف الثالث: إنّها –إضافة لمعنى التمليك بلا عوض–ما كانت للمحتاج تقرباً إلى الله تعالى، وطلباً لثواب الآخرة، فعلى هذا الرأي لابدّ من اجتماع الأمرين معاً، لكي تعدّ صدقة أن يكون المعطى محتاجاً، وأن يكون مقصوداً بها ثواب الله تعالى. قال بهذا بعض الشافعية[2] وبعض الحنابلة[3].

* التعريف الرابع: إنّها – إضافة لمعنى التمليك بلا عوض– ماكانت لُمحتاج أو لثواب الآخرة، فيكفي أحدهما على هذا الرأي، وهذا رأي بعض الشافعية،[4] ورأي الزيدية.[5]

* نتيجة:– يتبين لنا بعد التدقيق في التعريفات السابقة أنّ ما قُصد به ثواب الله في الآخرة فقط يكون صدقة عند جمهور العُلماء.

* تعريف القانون المدني الأردني:– لم ينص القانون الأردني على تعريف للصدقة، وحيث إنّ المادة (١٤٤٨) من هذا القانون تلغي العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية، وما لا يتعارض مع هذه الأحكام تأخذ به، لذا فقد ورد في المادة (٨٣٥) من مجلة الأحكام العدلية تعريفها بما يلي«الصدقة هي المال الذي وُهب لأجل الثواب–أي ثواب الله في الآخرة» وهي بهذا تأخذ برأي عامّة العُلماء كما عرفت.

ثانياً:– مناقشة التعريفات.

ا) مناقشة التعريف الأول: إنّ قولهم هذا يُدخل الغني في الصدقة، فالصدقة عليه بناءً على هذا التعريف جائزة، ويؤجر عليها صاحبها، وهذا ليس بصحيح؛ لأنّ الغني ليس من أهل الصدقات، ولا يُسمّى ما يُعطى له صدقة؛ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لاتحل الصَّدقة لغنيٍّ ولا لذي مِرةٍ سوي» وهذا واضح في بيان التلازم بين الحاجة والفقر مع نية التقرب الى الله تعالى.

---

(١) ابو البركات أحمد الدردير، الشّرح الصغير على أقرب المسالك،(ج٤)، دار المعارف، القاهرة، ص١٤٠. الدردير، الشرح الكبير وعليه حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤، ص٩٧.

(٢) النّووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ،ص٣٦٤. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ،ص٣٩٧.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨، ص٢٤٠. إبن قاسم، الإحكام شرح أصول الأحكام ، مصدر سابق، ج٣، ص ص٣٨٤–٣٨٥.

(٤) البيجرمي، حاشية البيجرمي، مصدر سابق، ج٣،ص٦٣٧. الرُملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥، ص٤٠٥.

(٥) الصّنعاني، التاج المذهّب، مصدر سابق،ج٣،ص٢٦١.

ب) مناقشة التعريف الثاني:-

يقال لهم إنّ قصد وجه المُعطى (الموهوب له) مع قصد الثواب من الله تعالى يجعلها هِبة لا صدقة، كما قالوا، لأن كل عمل يعمله المُسلم لاينبغي أن يخلو من نية ثواب الله، فعلى هذا ماكان مشتركاً بين إرادة التقرب من الموهوب له والتقرب من الله، يكون من قبيل الهِبات لا الصدقات.

ج) مناقشة التعريف الثالث:- يقال لهم إنّ اشتراط الإحتياج مع قصد التقرب من الله لتكون صدقة ليس صحيحا؛ لأنّ الصدقة على الغني جائزة ويثاب عليها فاعِلها.

د) مناقشة التعريف الرّابع:- إنّ هذا التعريف غير دقيق وغير صحيح، وذلك لقوله إن التمليك لمحتاج فقط يعدُّ صدقة، مع أنّ المُحتاج قد يكون موضعاً للهدية والهبة التي يقصد بها التودد والمحبة والتقرب من الموهوب له ولذا فانه قد يتقرب المعطي من فقير فتكون حينئذٍ هدية أو هبة، وقد يُعطى لغني فتكون كذلك، ثم ان الصّدقة لابدّ فيها مع كونها لمحتاج أن تكون على نية التقرب الى الله، ونيل ثوابه عزّ وجل.

ثالثاً:- التعريف المختار.

يترجّح لديّ التعريف الثالث الذي يشترط التّلازم بين الفقر والحاجة، ونية التقرب من الله تعالى. ومرد ذلك للأسباب التّالية:

اولاً:- إنّ الصدقة لابد فيها من قصد التقرب من الله تعالى؛ لأنّ الله مدح المتصدقين والمتصدقات في غير موضع في كتابة العزيز، فلولا نياتهم الصالحة التي أرادوا بها وجه الله عند دفعهم لأهل الحاجة لما استحقوا المغفرة والأجر العظيم منه سبحانه.

ثانياً:-إنّ مجرد الإعطاء للفقير، دون إرادة ثواب الله تعالى، لايكون صدقة؛ لأنّ الفقير. محلٌ للهِبة والهدية أيضاً، والتي يقصد بها الاكرام والتحبب من المُعطى له فقط، فعلى هذا ليس كل ما يُعطى للفقير يكون من قبيل الصّدقة.

ثالثاً:- إنّ النصوص القرآنية الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة تجعل نوعاً من التلازم بين الصدقة والفقير، وهذا يدل على أنّ محل الصدقات الفقراء لا الأغنياء، وهذا يرد زعم من قال: إنّ الغني يكون محلاً للصدقة، ومن هذه النصوص على سبيل المثال لا الحصر قوله تعالى: ﴿ان تبدوا الصدقات فنِعما هي وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم﴾، [1] وقوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين... الخ﴾،[2] وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تحلُّ الصدقة لغني ولا الذي مرّة سوي» فعلى هذا يتبين لنا أن الصدقة يشترط فيها أن يكون المعطى محتاجاً، وأن تكون لوجه الله تعالى ايضاً، فلا يغني أحد الأمرين عن الآخر .

(١) سورة البقرة، آية (٢٧١)

(٢) سورة التوبة، آية (٦٠)

المبحث الخامس:-لزوم الهِبة[1] بمعناها العام الشامل (للهدية، والصدقة والهِبة بمعناها الخاص

المقصد من هذا المبحث هو بيان المرحلة التي تنتقل بها الهِبة بمعناها العام، من كونها عقداً لازماً يمتنع على الواهِب فسخهُ شرعاً وقضاءً لغير مُوجب ٍشرعي، كما سترى لاحقاً، وهذه المرحلة تباينت فيها أراء العُلماء، فمنهم من جعلَ الهِبة لازمة بمجرد العقد، ومنهم من جعلها لازمة بالقبض لابالعقد، ومنهم من جعل الشيء الموهوب نفسه هو الفيصل في تحديد مايلزم ويُملك بالعقد وما يلزم بالقبض، وهم بعض الحنابلة، كما سترى في الرأي الثالث، ومنهم من قال إنّ الهِبة لاتلزم بقبض ولابغيره، وهم الحنفية، والزيدية، وبعض الإمامية.

والذي يجدر ذكره في هذا المقام أنّ الرجوع في الهِبة قبل لزومها جائزٌ، وأمّا بعد اللُزوم فلا يجوز إلا للأب أو لأحدِ سائر الأصول، على الخلاف في ذلك، والذي سنعرفه في موضعه إن شاء الله تعالى.

* **المطلب الاول :- أراء العُلماء في لزوم الهِبة بمعناها العام.**

اختلف العُلماء بماذا تلزم الهِبة على أقوال خمسة، وهي:-

* **القول الأول:** قالوا إنّ الهِبة (بمعناها العام) لاتلزم إلا بالقبض بشروطه المعتبرة، كلٌ حسب مذهبه.

(١) الهبة المقصود هنا هي الهِبة الصحيحة غير الضمنية وغير ذات الثواب، أمّا كونها صحيحة فلأن الباطلة لاتملك ولاتلزم بقبض ولابغيره، وأمّا كونها غير ضمنية فلأن الهِبة الضمنية لاتحتاج الى قبض، وهي كما لو قال اعتق عبدك عني مجاناً فأعتقه عنه، فإنه يسقط القبض وهذا القيد عند الشافعية فقط ولاذِكر له عند غيرهم، وأمّا كونها غير ذات ثواب وهي الهِبة بشرط العوض فلأنها تملك وتلزم بالعقد على القول بأنها بيع، انظر البيجوري، حاشية البيجوري، مصدر سابق،ج٢،ص٩٢. الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ ابي شجاع، وعليه حاشية البيجوري، مصدر سابق،ج٣،ص٦٤١-ص٦٤٢. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق،ج٢،ص٤٠٠.

وبه قال أبو بكر الصديق، وعمر، وعثمان، وعلي من الصّحابة رضوان الله عليهم [١]، كما قال به النخعي [٢] ، والثوري[٣]، والشعبي[٤]، وبعض المالكية وهو مروي عن مالك، وهو الرأي المرجوح عندهم،[٥] والشافعية في المشهور[٦]، وبعض الحنابلة وهو رواية عن أحمد،[٧] وبعض الإمامية[٨].

---

(١) القفّال، حلية العُلماء، تحقيق ياسين درادكة، (ج٦)، مكتبة الرسالة الحديثة، ص٤٨. المطيعي، تكملة المجموع، ج١٥، دار الفكر، بيروت، ص ص٣٧٧-٣٨١.

(٢) المصدرين السابقين، نفس الصفحات.

(٣) المصدرين السابقين. نفس الصفحات

(٤) المصدرين السابقين. نفس الصفحات

(٥) العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٧، ص١٠٦. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٤،ص١٠١.

(٦) المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٥،ص ص٣٧٧-٣٨١. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق،ج٢،ص٤٠٠. الكرمجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج٢،ص ص٤٣٦-٤٣٧. النّووي، روضة الطالبين، مصدر سابق،ج٥،ص٣٧٥. البيجوري، حاشية البيجوري، مصدر سابق،ج٢،ص٩٢، محمّد الغزالي، الوسيط في المذهب، الطبعة الأولى (ج٤)، دار السّلام، القاهرة،١٩٩٧م، ص٢٦٩. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥،ص٤١٤. البيجيرمي، حاشية البيجيرمي، مصدر سابق، ج٣،ص٦٤١. القفّال، حلية العُلماء، مصدر سابق، ج٦ ص ص٤٨-٤٩.

(٧) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤، ص٣٠١. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢، ص ص٣٩١-٣٩٢. إبن قاسم، الاحكام، مصدر سابق، ج٣،ص٣٩١. إبن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق،ج٨،ص٢٤٤. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧، ص ص١١٩-١٢٠.

(٨) الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦،ص١٧٣. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق،ج٩،ص ص١٥٤-١٥٥.

القول الثاني:- قالوا تلزم الهِبة بمجرد العقد (الإيجاب والقبول)، ولاتحتاج الى قبض، وذلك في كل شيء، المكيل والموزون وغيرهما.

وبه قال المالكية في الرأي المشهور عندهم[١]، والشافعية في قولهم القديم[٢]، وبعض الحنابلة[٣]، والظاهرية[٤] والمختار عند الاباضية في غير هِبة الوالد لولده فلا بد من القبض أيضاً[٥].

وبموجب هذا القول يجبر الواهِب على تسليم الشيء الموهوب الى الموهوب له ولو عند الحاكم. ولكن المالكية قالوا لا يُقضى بها إذا خرجت مخرج الايمان، أو لم

---

(١) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق،ج٧،ص١٠٥. العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، مصدر سابق،ج٧،ص١٠٦. الكاندهلوي، أوجز المسالك، مصدر سابق،ج١٢،ص ص٢٦١- ٢٦٧ أحمد الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، (ج٤)، دار المعارف، القاهرة، ص١٤٣.
الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق،ج٤،ص١٠١. الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق ج٤، ص١٠١.

(٢) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق،ج٥،ص٣٧٥.

(٣) إبن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨،ص ص٢٤٠-٢٤١.

(٤) إبن حزم، المحلى،(ج٩)، دار الجيل، بيروت،ص ص١٢٠-١٢١.

(٥) إطفيّش، شرح النيل، مصدر سابق،ج١٢،ص ص٩-١٠.

القول الرابع:- إنّ الهِبة لاتلزم بقبض ولا بغيره؛ لأنهم قالوا بصحة رجوع الواهِب في الهِبة حتى بعد القبض إلا في مواضع محدودة، سنعرفها لاحقاً في حكم الرُّجوع، وهذا قول الحنفية(١)، والزيدية(٢)، وبعض الإمامية(٣).

وقد جعل الحنفية ، والزيدية - في الهدية فقط دون الهِبة والصَّدقة- القبض شرطاً لِحصول المِلك وليس اللزوم، ومعنى كون القبض شرطاً لِملك الهِبة أنّه قبل حصول القبض في الهِبة على الوجه الصحيح الكامل، فإنّ الموهوب له لايملك الهِبة، وتكون على مِلك صاحبها له إمساكها ومنعها؛ لأنها لم تتم بعد ولم تملك، كما أنه ليس للموهوب له التصرف فيها قبل القبض تصرف الملاك ببيعها أوهبتها أو تأجيرها ونحو ذلك، أمّا بعد حصول القبض بشروطه المعتبرة فللموهوب له التصرف فيها تصرُّف المُلاّك، أمّا كون القبض ليس شرطاً للزوم فواضح، لأنّهم قالوا إنّ للواهِب الرُّجوع في هبته بعد القبض، مالم يوجد مانع يمنع الرُّجوع فلو كان القبض شرط لزوم لمنع الرجوع بعد تمامه على الوجه الكامِل، إلا أنّه عند الحنفية في الصدقة بخاصةٍ-دون الهِبة والهدية- إذا قبضت القبض الصحيح فإنّها تُملك وتلزم بذلك القبض، ولا يجوز الرجوع فيها بعده، فعلى هذا يمكن عدُّ القبض في الصدقة شرطاً للمِلك واللزوم معاً. أمّا الزيدية في الهِبة والصدقة فتصح عندهم بمجرد العقد (الايجاب والقبول) ولا تلزم الهِبة حتى بعد صحتها بالعقد، فيصح الرُّجوع فيها بعده بشروط سنعرفها لاحقاً في حكم الرُّجوع، أمّا الصدقة عندهم فتلزم وتملك بمجرَّد العقد؛ لأنه لايجوز الرجوع فيها بعده مطلقاً.

* أمّا بعض الإمامية القائلين بعدم كون القبض شرط لزوم، فقد عدَّ هؤلاء القبض شرط صحةٍ للهِبة والصدقة، فلا يصحّان بدونه، بمعنى أنّهما يبطلان من غير القبض. وهؤلاء قالوا بجواز الرجوع قبل القبض مطلقاً قولاً واحداً، أمّا بعده

---

(١) برهان الدين الميرغيناني، الهداية، ج(٣)، المكتبة الإسلامية، ص٢٢٤. السرخسي،المبسوط، مصدر سابق،ج١٢ ص٤٨

(٢) الصّنعاني، التاج المذهَّب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٦٣ ، ٢٧٥. ابن المرتضى،البحرالزّخّار، مصدر سابق، ج٤ ص ص ١٣٢-١٣٣. محمد الشّوكاني، السّيل الجرار، تحقيق محمود ابراهيم،ج(٣)، القاهرة، ص٣٠٣.

(٣) الكركي، جامع المقاصد ، مصدر سابق، ج٩ ص١٤٨. الطباطبائي،رياض المسائل، مصدر سابق ج٦ ص ص ١٧٠-١٧٣.

فيجوز الرجوع إلا في بعض الحالات التي سنعرفها لاحقاً إن شاء اللّه، ومن هذا يتبين لك أنّهم لم يَعُدُّوا القبض شرطاً للزوم الهبة.

* المطلب الثاني: الأدلة.

أ- ادلة القول الأول والذين قالوا إنّ الهبة لاتلزم إلا بالقبض.

* ١- الدليل الأول[1]:-

ما رواه الحاكم في المستدرك، أنّه صلى الله عليه وسلم، أهدى إلى النجاشي (ملك الحبشة) ثلاثين أوقية مسكاً، ثم قال لأم سلمة-زوجته-إنّي لأرى النجاشي قد مات، ولا أرى الهدية التي أهديت إليه إلاسترد، فإذا رُدَّت إليّ فهي لك، فكان كذلك[2].

* وجه الدلالة:

وتعلقهم بهذا الحديث من وجهين اثنين، وهما:-

* الوجه الأول:- إنّ رسول اللّه صلى الله عليه وسلم، لمّا رُدَّت إليه الهدية بعد موت النجاشي، قام بتوزيعها على جميع نسائه، ولم يخص بها أم سلمة، وذلك لأنّ أمّ سلمة لم تقبضها، فلو كانت تملكها وتلزم لها بدون القبض لما استجاز النبي صلى الله عليه وسلم لنفسه أن يعطي مِلك زوجته أم سلمة الذي أصبح مِلكاً لازماً الى بقية نسائه، فلما أعطى النبي صلى الله عليه وسلم بقية نسائه، ولم يخص أم سلمة، دلّ على أنّها- أي الهبة- لاتلزم ولاتُملك بالعقد.

---

(١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٤٩. البيجوري، حاشيةالبيجوري، مصدر سابق، ج٢ ص٩٢. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٣٦-٤٣٧.

(٢) رواه الحاكم في المستدرك وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي، (ج٢)، دار المعرفة، بيروت، ص١٨٨، كتاب النكاح. وقال عنه الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد، ولم يخرجاه، وتعقبه الذهبي في التلخيص المطبوع في هامش المستدرك ج٢ ص١٨٨، وقال: أنه منكر ومُسلم الزنجي ضعيف.
كما أخرجه أحمد في المسند، شرح وفهرسة حمزه أحمد الزين، الطبعة الأولى(ج١٨)، دار الحديث القاهرة، ١٩٩٥، ص٤٩، رقم الحديث ٢٧١٥١، قال حمزه احمد الزين: اسناده ضعيف لجهالة عقبة والد موسى وهو عقبة بن ابي عيّاش، لكن لم يترجموا له، ولم يترجموا لامه أيضاً، فالحديث ضعيف عن طريقه. كما قال عنه الألباني، في إرواء الغليل، الطبعة الثانية(ج٦)، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٩٨٥، ص ٦٢، حديث رقم ١٦٢٠، قال عنه هذا -يث ضعيف وبين أسباب ضعفه وقد إختصرناها خشية الإطالة.

* الوجه الثاني: وهو رد الهدية لموت النجاشي قبل قبضه لها، فردها يدل على أنها لاتلزم إلا بالقبض.

٢- الدليل الثاني [١]. :-

ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أباها نحلها-أي أعطاها- جداد عشرين وسقاً من ماله، فلمّا حضرته الوفاة جلس فتشهد، وحمد الله وأثنى عليه، ثم قال أمّا بعد فإنّ أحبّ النّاس غنىً بعدي لأنت، وإنّ أعزّ النّاس فقراً بعدي لأنت وإنّي قد نحلتك جداد عشرين وسقاً مِنْ مالي ووددت لو كنت حزتيه - أي قبضتيه- وإنّما هو اليوم مال الوارث، وإنّما هما أخواك وأختاكِ قالت: هذان أخواي- أي عرفتهما- فمن أختاي؟ قال ذو بطن ابنة خارجة-أي ما في بطنها- فإنّي أظنها جاريةً، قالت: لو كنّ مابين كذا وكذا لرددته »[٢]..

٣- الدليل الثالث[٣]:.

قال عُمر بن الخطّاب رضي الله عنه: «مَن وهب هِبة لِذي رَحم محرم فقبضها فليس له أن يرجع فيها، ومن وهب هِبة لغير ذي رحم فله أن يرجع فيها مالم يثب منها »[٤].

---

(١) الماوردي،الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض وعادل عبد الموجود، الطبعة الأولى (ج٧)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م، ص٥٣٥. المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص ص ٣٧٧-٣٨٠. الغزالي، الوسيط ، مصدر سابق، ج٤ ص٢٦٩. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٤٩. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص١٠٣. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٣٩١- ٣٩٢. ابن قاسم، الإحكام، مصدر سابق، ج٣ ص ٣٩١.

(٢) رواه مالك في الموطأ، الطبعة الثانية عشرة، دار النفائس، بيروت، ١٩٩٤م، ص٥٣٣، باب ما لا يجوز من النحل، رقم الحديث ١٤٣٤.كما رواه البيهقي، في السنن الكبرى، وبذيله الجوهر النقي لابن التركماني، (ج٦)، دار الفكر، بيروت، ص١٧٨، ورواه أيضاً إبن ابي شيبة في المصنّف، الطبعة الأولى (ج٤)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥ ،ص٢٨٦، في باب من قال لاتجوز الصدقة حتى تقبض، حديث رقم (٢٠١٢٨). كما رواه أيضاً عبد الرزّاق في المصنّف، الطبعة الثانية (ج٩)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٢ ،ص١٠١، في باب النحل، برقم (١٦٥٠٧)، وأيضاً برقم (١٦٥٠٨).
قال الألباني، في إرواء الغليل، مصدر سابق، ج٦ ص ٦١، قال عنه صحيح. وقال عن اسناد حديث البيهقي بأنه إسناد صحيح على شرط الشيخين.

(٣) السَّرخسي المبسوط، مصدر سابق،ج١٢ ،ص٤٩.

(٤) رواه البيهقي في سننه عن عمر بن الخطاب ج٦ ص١٨١، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة كما رواه ابن أبي شيبة في المصنف، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٤، في باب الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها، حديث رقم ٢١٦٩٣.
كما رواه مالك، في الموطأ، مصدر سابق، كتاب القضاء، باب القضاء في الهبة، حديث رقم (١٤٣٦).

* وجه الدلالة: قالوا فيه دلالة على أن الهِبة لاتتم وتلزم إلا بالقبض؛ لأنه علق عدم الرجوع عليه.

٤- الدَّليل الرَّابع [١]:

ماروى عن عُمر أنه قال:« ما بال أقوام ينحلون أولادهم فإذا مات أحدهم – أي الولد– قال: الوالد مالي وفي يدي، وإذا مات هو– أي أشرف على الموت– قال: كنتُ نحلته ولدي، لانحلةَ إلا نحلةً يُحرز(يقبض) الولد دون الوالد فان مات ورثه » [٢].

٥- الدليل الخامِس:

لأنّ الهِبة عقد إرفاق(معونة) كالقرض فلا يُملك إلا بالقبض [٣].

٦- الدليل السَّادس:

لأنّه عقد تبرّع، وفي إثبات الملِك قبل القبض إلزام للمتبرع شيئاً لم يتبرع به، وهو التسليم [٤].

ب) أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتِاب والسنة والقياس .

---

(١) المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٨٠. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص٥٣٥. السَّرخسي، المبسوط، مصدر سابق،ج١٢ ص٥٢.

(٢) رواه مالك في الموطأ، مصدر سابق، ص٥٣٣، باب ما لا يجوز من النحل، برقم ١٤٣٥. ورواه البيهقي، في السنن الكبرى،مصدر سابق، ج٦ ص١٧٠. قال الألباني في إروا الغليل، مصدر سابق، ج٦ ص٦٩، حديث رقم ١٦٣٤ عن إسناد حديث البيهقي أنه صحيح. قال الألباني ايضاً: وروى عن أبي موسى الأشعري قال عمر بن الخطاب:« الأنحال ميراث مالم تقبض» وقال عن إسناده أنه صحيح أيضاً. كما رواه ابن ابي شيبة في المصنَّف، مصدر سابق، ج٤ ص٢٨٥، باب من قال: لاتجوز الصدقة حتى تقبض، حديث رقم ٢٠١١٧. ورواه عبد الرزاق، في المصنَّف، مصدر سابق، ج٩ ص١٠٢، باب النحل.

(٣) الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص٥٣٥. الخطيب الشربيني، الإقناع عليه حاشية البجيرمي، مصدر سابق،ج٣ ص ص ٦٤٢-٦٤٣. البيجوري، حاشية البيجورمي، مصدر سابق، ج٢ ص٩٢.

(٤) القفّال، حلية العُلماء، مصدر سابق، ج٦ ص٤٨. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٤. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق،ج١٢ ص٤٨.

اولا- ادلتهم من الكتاب [١].

١- قال تعالى:﴿يا أيها الذّين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [٢].

وجه الدلالة: قلت: أمر الله بوجوب الوفاء بالعقود، ومعلوم أنّ العقد يسمّى عقداً بمجرد الإيجاب والقبول، فدل على لزومه بذلك.

ثانياً- ادلتهم من السُنّة [٣].

استدلوا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «العائد في هبته كالعائد في قيئه» [٤]. وغيره من النصوص المشابهة.

وجه الدلالة: قلتُ : إنّه صلى الله عليه وسلّم لم يذكر قبضاً، ولو كان مراداً لذكره صلى الله عليه وسلم .

ثالثاً - ادلتهم مِن القياس [٥].

١- لأنّه إزالة ملِك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد، كالوقف والعتق.

٢- لأنّه عقد لازم ينقل الملِك، فلم يقف لزومه على القبض، كالبيع.

٣- وربما قالوا عقد: تبرع، فلا يعتبر فيه القبض، كالوصية والوقف.

---

(١) ابن حزم، المحلّى، مصدر سابق، ج٩ ص١٢٧. الكاندهلوي، أوجزالمسالِك، مصدر سابق، ج١٢ ص٢٦٥. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص٥٣٥.

(٢) المائدة، آية ١.

(٣) ابن قدامه، المغني ، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٤٠-٢٤١.الكاندهلوي، أوجزالمسالك، مصدر سابق، ج١٢ ص٢٦١. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق،ج٧ ص٥٣٥.

(٤) رواه الإمام محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، (ج٣)، عالم الكتب، بيروت، ص٣٢٥، كتاب الهبات، باب لايحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته. كما رواه الإمام مُسلم في صحيحه، تحقيق محمد فؤاد عبد البَاقي، الطبعة الرابعة(ج٣)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩١م، ص١٢٤١، كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد أن تقبض، حديث رقم(١٦٢٢).

(٥) ابن قدامة، المغني ، مصدر سابق، ج٨ ص ص٢٤٠-٢٤١. الكاندهلوي، أوجزالمسالِك، مصدر سابق، ج١٢ ص٢٦٧. القفّال، حلية العُلماء، مصدر سابق،ج٦ ص ص٤٨-٤٩.

ثالثاً: أدلة القول الثالث.

١- ما روي عن علي وابن مسعود -رضي الله عنهما- أنهما قالا: «الهبة جائزة إذا كانت معلومةً قبضت أولم تقبض».

٢- ولأنّ الهبة أحد نوعي التّمليك، فكان منها ما لا يلزم قبل القبض، ومنها ما يلزم قبله، كالبيع؛ فانّ منه ما لا يلزم قبل القبض، وهو الصّرف، وبيع الرّبويات، ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك [1].

رابعاً: أدلة القول الرابع

استدلوا بالأدلة عينها التي استدل بها الفريق الأول، ولكنهم حملوها على كونها تدل على الملك لا على اللزوم [2]،واستدل الحنفية بخاصة كذلك إضافة لما سبق في – أدلة القول الأول – بقوله صلى الله عليه وسلّم: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» [3].

وعلى الرّغم من أنّ هذا الحديث لا أصل له إلا أنّهم وجّهوه على أن المراد باشتراط القبض أنه شرط ملك وليس شرط لزوم، كما استدل الزيدية أيضاً على تخصيصهم الهدية دون الهبة والصدقة باشتراط القبض للملك بحديث النجاشي وإهداء الرسول صلى الله عليه وسلم له، والذي مرّ بك قبل قليل، وقالوا إنّ هذا الحديث في الهدية بخاصة [4] وليس في غيرها . وهو ضعيف؛ لأنّه لا يوجد مخصص، والاصل والعبرة بالعموم.

---

(١) ابن قدامة،المغني، مصدر سابق،ج٨ ص٢٤٤.

(٢) الميرغيناني،الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٤. الصنعاني،التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٦٣.

(٣) ذكره الألباني، في سلسلة الأحاديث الضعيفة، الطبعة الأولى ج١، مكتبة المعارف، الرّياض، ١٩٩٣، ص٥٣٦، رقم الحديث. ٣٦٠، وقال الألباني عنه: لا أصل له مرفوعاً وانما رواه عبد الرّزاق من قول النخعي.

(٤) ابن المرتضى،البحر الزخّار، مصدر سابق، ج٤ ص ص ١٣٢-١٣٣.

* المطلب الثالث: مناقشة الأدلة.

١) مناقشة أدلة الفريق الأول .

١- أمّا حديث النجاشي ، فيقال فيه إنّه حديث ضعيف، كما عرفنا، ثم وعلى فرض صحته فانّ وجه الدلالة الأول فيه يُجاب عنه بالقول بأنّ ما تم بين النبي صلى الله عليه وسلم وزوجه أم سلمة كان وعداً وعدها إياها، وليس عقداً كما زعموا، والوعد ليس ملزما للواعد ، وهو مذهبهم والذي يدلنا على أنه كان وعداً لا عقداً أنّه صلى الله عليه وسلم علقه على شرط، حيث قال لأم سلمة اذا رُدّت إلي فهي لك، وهذا وعد لا شكّ فيه، ثم لو كانت هبةً لما صحت على هذه الحال؛ لأنّها تكون حينئذٍ هبةً معلقةً على شرط ، وهي لا تصح عندهم، وعلى هذا يكونون قد وقعوا في التناقض؛ لأنّهم قالوا إنّ الهبة لا تصحُ إذا عُلّقت على شرط، ثم إنك تراهم قد صححوها هنا، ولكنهم قالوا بعدم لزومها لعدم توفر شرط اللزوم وهو القبض.

* أمّا وجه الدلالة الثاني الذي أخذوه من الحديث السابق نفسه، فوجه عجيب، لأنّهم يقولون إنّ ردّ الهدية لموت النجاشي قبل قبضه لها يدل على أنها لا تلزم إلا بالقبض وهذا يوحي أن القوم- أي حاشية النجاشي- وهم كفار، يعلمون أدقّ أحكام الفقه الإسلامي، والتي منها أنّ الهدية لا تلزم إلابقبضها، ولذلك قاموا بردها لعدم لزومها، هذا لعمري مستهجن لو كان القوم مسلمين، فكيف والحال أنهم كفّار، وذلك لأنه أمر ليس مما يُعلم من الدّين بالضرورة.

حاصلُ الأمر أنّ حاشية النجاشي قامت برد الهدية؛ لأنّها لم تكن موجهةً لهم، بل لملكهم، لذا قاموا بردها. وإن كانوا يقصدون باستدلالهم بهذا الوجه أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذها لأنها لم تقبض من جهة النجاشي: فيقال لهم قد يكون هذا ولكن الحديث ضعيف لا يسعفكم على الاستدلال.

٢- أمّا الدّليل الثاني، وهوالأثر المروي عن عائشة رضي اللّه عنها، فيقال فيه إنّه قول صحابي، وليس بحجة؛ لأنه لاحجة بقول أحدٍ دون رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم، ثم وعلى فرض كونه دليلاً معتبراً شرعاً، فإنّ فيه هبة والد لولده، وهي لاتلزم بقبض ولابغيره؛ لأنّ للوالد الرجوع في هبته لولده حتى

بعد قبضها من قبل الولد، فعلى هذا لو تم القبض من جهة أم المؤمنين عائشة ماكان ذلك يمنع الصدِّيق من الرُّجوع في هبته لها، وعلى هذا يقال لهم إنه ليس لكم مستمسك بهذا الأثر على فرض كونه دليلاً شرعياً.

٣- أمّا قولا عمر رضي اللّه عنه، فقولا صحابي وليسا بحجة شرعاً، لأنه لاحجة بقول أحد دون رسول اللّه صلى الله عليه وسلم، فان قالوا بأن عمر رضي اللّه عنه قال ذلك في محضر من الصّحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم فيكون اجماعاً، نقول بأنه لا اجماع مع خلاف حيث ورد خلافه عن علي وابن مسعود رضي اللّه عنهما حيث قالا: «الهِبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض» وورد عنهما ايضاً بلفظ الصدقة بدل الهبة.

٤- أمّا قولهم بأن الهِبة عقد إرفاق، كالقرض فلا يملك إلا بالقبض، فيقال لهم إنّ قياسكم هذا قياس مع الفارق؛ لأنكم قستم الهبة على القرض بجامع أنّهما عقدا إرفاق، مع أنّ العارية عقد إرفاق أيضاً، ولكنها لاتلزم بقبض ولابغيره؛ لانّ لصاحبها الرجوع فيها متى شاء، وهذا ما تقولون به جميعاً. ثم إنّ القرض يختلف عن الهِبة إختلافاً كُلياً فالقرض ليس تبرعاً، وعلى فرض أنه تبرع فهو تبرع بالمنفعة دون العين بخلاف الهِبة والتي هي تبرع بالعين والمنفعة معاً، فكيف يسوغ بعد هذا قياس الهِبة على القرض؟ ثم يقال لهم إنّ ما يترتب على الهِبة يختلف عمّا يترتب على القرض؛ لأنّ الذي يترتب على الهِبة هو الملك التام المؤبد وأن مايترتب على القرض هو الانتفاع الموقت، فكيف يستساغ بعدئذٍ القول بأنّ الهِبة عقد إرفاق، كالقرض فلا يملك -أي القرض- إلا بالقبض، مع أنّ القرض لايُملك.

٥- وقولهم إنّ الهِبة تبرع، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام للمتبرع شيئاً لم يتبرع به، وهو التسليم، فالجواب عنه أن الواهِب لم يلزمه أحد بالنطق بالتبرع، وحيث عَقَد التبرع فعليه الالتزام بما عقد؛ لأنّ العاقل يجب أن يؤاخذ بأقواله وأفعاله.

ب) مناقشة ادلة القول الثاني:

١- أمّا الآية فمرادها العقود اللازمة، لاغيرها من العقود التي لم تلزم بعد والهبة، وإن كانت تصحّ وتسمى هبة بمجرد عقدها بالإيجاب والقبول إلا أنّها لاتلزم بذلك؛ لأنّ صحة العقد لاتستلزم أن يكون لازماً؛ لانّ العقد بعد صحته إمّا لازم أو غير لازم، وقد ثبت لدينا بأدلة أخرى أن الهبة لاتلزم إلا بالقبض، فعلى هذا يكون مراد الآية الكريمة الوفاء بالهبة بعد تحقق شرط لزومها بالقبض، فعلى هذا تخرج الآية من موضع الاحتجاج.

٢- أمّا حديث «العائد في هبته ...» ونحوها من الآحاديث التي تشير بعمومها الى عدم إعتبار القبض، فيجاب عليها كما أُجيب على الآية الكريمة، ثم إنّ الحديث ليس فيه، ولا في غيره، التصريح بلزوم الهبة بمجرد العقد.

٣- ويجاب عن قياسهم الأول، أنّه لايصح القياس على الوقف والعتق، وذلك لأنّ الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى فخالف التمليكات، وأمّا العتق فهو إسقاط حق وليس بتمليك [1].

٤- ويجاب عن قياسهم الثاني، بأنّ الهبة مختلف في لزومها فقولكم إنّها عقد لازم ليس مسلماً به، وأمّا قياسكم الهبة على البيع فلا يصح أيضاً؛ لأنّ الهبة تبرع، والبيع معاوضة، فكيف يستقيم قياس مع الفارق [2].

٥- ويجاب عن قياسهم الثالث: بأنّ القياس على الوصية لايصح؛ لأنّها تلزم في حق الوارث، وأمّا الوقف فهو إخراج ملك إلى الله فخالف التمليكات، ثم إنّ بعض العُلماء قد قال بعدم لزومه إلا بالقبض [3].

ج) مناقشة ادلة القول الثالث

١- يُجاب عمّا روي عن إبن مسعود وعلي رضي الله عنهما، بأنّه قول صحابي، وليس بحجة؛ لأنّه لاحجة بقول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلّم. ثم إنّه قد ورد عن بعض الصحابة، كأبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وغيرهم القول بخلاف ما قالاه.

---

(١) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٤٠-٢٤١.

(٢) المصدر ذاته، ج٨ ص ص ٢٤٠-٢٤١.

(٣) المصدر ذاته، ج٨ ص ١٨٧.

٢- ويُقال في قياسهم الذي أوردوه إنّه قياس مع الفارق؛ لأنّ فيه قياس الهِبة على البيع، والهبة تبرع، والبيع معاوضة فافترقا.

د) مناقشة ادلة القول الرابع.

إنّ السبب وراء قول أصحاب هذا الرأي إنّ الهِبة لاتلزم بقبض ولابغيره إنّما هو الأحاديث التي استدلوا بها، كقوله (صلى الله عليه وسلم) «الواهِب أحق بهبته مالم يثب منها» [1]. وغيرها وهي أحاديث ضعيفة لاتقوى على النهوض في وجه الأحاديث الصحيحة الواردة في موضوع الرجوع، والتي سنؤجل البحث فيها الى موضعها في حكم الرجوع في الهبة إن شاء الله تعالى، ثم أنّ السبب الذي قدمناه الآن هو عين السبب الذي دفع الحنفية بالذات الى القول بأن القبض ليس شرط لزوم في الهِبة، وإنّما شرط ملِك فيها.

المطلب الرابع : الترجيح

والذي أميل إليه وأُرجحه مِنْ الآراء السابقة هو القول الأول القائل بعدم لزوم الهِبة (بمعناها العام) إلا بالقبض وذلك لما يلي:-

لقوله صلى اللّه عليه وسلّم: «لايحل مال إمرىء مُسلم إلا بطيب نفس منه».

فالواهِب قبل قبض الموهوب له لايمكن في الحقيقة تبين طيب نفسه بتبرعه الذى نطق به؛ لأنّه قد يُراجع نفسه قبل القبض أو يتذكر أنّ عليه مطالب أهمّ من هذا التبرُّع، فاذا ألزمناه بتبرعه بمجرد العقد فقد سلبناه ما له بغير طيب نفس منه، وهذا محّرم بنص هذا الحديث الشريف، ولا يعترض على قولنا هذا بأنّ الهِبة عقد مثلها مثل البيع وبقية العقود تلزم بمجرد العقد؛ ذلك لأنّ البيع معاوضة وليس تبرعاً . فالبائع قد تعاقد على عوض في مقابل سلعته التي باعها فلا يحتاج الأمر إلى توقف ملكه ولزوم بيعه على القبض لنتبين الرضا، بخلاف الواهِب فليس هناك ما يقابل هبته فكان الأمر يستدعي أمراً يشهد بالرضا وطيبة النفس وهو القبض، هذا السبب هو الذي حدا بأمير المؤمنين عمر - واللّه أعلم - الى عدم انفاذ شيء من الهِبات إلا ما تم به القبض من جهة الواهِب برضا الموهوب له.

---

(١) سيأتي تخريجه ص ٧٠.

المطلب الخامس : راي القانون المدني الأردني في موضوع لزوم الهبة.

أخذ القانون المدني الأردني برأي الأحناف، الذين قالوا بأنّ الهبة لاتلزم بقبض ولابغيره، لكن القبض عندهم شرطٌ للتمام أو الملك، وقد اعتبره القانون كذلك حيث ورد في الفقرة (أ) من المادة (٥٥٨) من القانون المدني الأردني «تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض».

ولا بدّ أن تتنبّه إلى أن الأثر الذي يترتب على قول القانون بأن القبض شرط ملك أو تمام وليس شرط لزوم، أنّه يجوز الرُّجوع بعد حصول القبض في حالات ذكرها القانون سنعرفها في موضعها في حكم الرجوع في الهبة إن شاء الله . ولو نص القانون على أنّ القبض شرط لزوم لمُنع الرُّجوع بعده إذا تم على الوجه الصحيح ، وهذا هو الفرق بين شرط الملك وشرط اللزوم .

المبحث السادس: أحكام القبض (للصدقة ، والهبة، والهدية) عند من قال به العُلماء.

عرفنا مما سبق، في مبحث لزوم الهبة، أنّ فريقاً كبيراً من العُلماء قد عدّوا القبض شرطاً للملك واللزوم معاً، كما هو حال جمهور الشافعية، وبعض الحنابلة، وبعض المالكية، وبعض الإمامية، ونقصد بقولنا إنّ القبض شرط ملِك أنّه بمجرد حصوله بشروطه المعتبرة، يصبح الموهوب في ملِك الموهوب له، يتصرف فيه تصرُّف الملاك ببيعه، أو هبته، أو إعارته، أو نحو ذلك. أمّا قولنا إنّه شرط لزوم، فنعني بذلك أنه بمجرد حصوله يمتنع على الواهِب فسخ الهِبة والرجوع فيها، إلا الوالد وغيره من الأصول على الخلاف بين العُلماء في ذلك.

هذا وقد عدّ بعض العُلماء القبض شرطاً للملِك لا للزوم، وهم الحنفية، وبعض الإمامية، والزيدية في الهدية فقط، وسبب قولهم إنّه شرط ملِك لا شرط لزوم أنهّم قالوا بجواز رجوع الواهِب حتى بعد القبض، إلا إنّ يمنع مانع من موانع الرجوع فتلزم حينها الهِبة لحصول ذلك المانع.

ومن الجدير بالذكر أننا تعرضنا لأحكام القبض ها هنا، لنعرف متى يصحّ القبض، ليترتب عليه حكمه من اللزوم والملِك؛ لأنه إذا اختل شرط من شروط صحة القبض، أو لم يتم على الكيفية المناسبة لم يكن قبضاً في الحقيقة، ويترتب على هذا أن يكون القبض باطلاً، ولا يترتب عليه حكمه من اللزوم عند البعض والملِك عند البعض أيضاً والصّحة عند البعض الآخر. ومن باب زيادة العِلم لا أرى بأساً أن أورد بعضاً من نصوص العُلماء والتي تركز على اشتراط أن يكون القبض صحيحاً مستوفياً لشروطه المعتبرة، ففي المذهب الحنفي قال صاحب الدر المختار: «وتتم الهِبة – أي تملك – بالقبض الكامِل»[١]، وقال بعض عُلماء الشافعية وهو صاحب زاد المُحتاج: «ولايملك موهوب بالهبة غير الضمنية ، إلا بقبض صحيح فلا يُملك بالعقد»[٢]. كما قال صاحب إخلاص النّاوي: «وتملك الهِبة بأنواعها (الهدية، الصدقة،

(١) الحصكفي، الدّر المختار وعليه حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص ص٤٩٣-٤٩٤.

(٢) الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص٤٣٦-٤٣٧.

الهِبة) بالقبض الصحيح [١]. كما قال صاحب جامع المقاصد في الفقه الإمامي:شروط صحة القبض أمران، أولهما إذن الواهب فلا يُعتدُّ به من دونه، والثاني إيقاع القبض للهِبة [٢].

وأبرز ما سنبين من أحكام تخص القبض، صحته وبطلانه، ومن يقبض لنحو الصغير، والسفيه، والمجنون، وكيفية القبض لاختلافه بين المنقولات والعقارات، وإليك الآن أهم مسائل القبض لتكون على بينه من أمره:

١) المسألة الأولى: اشتراط الإذن من الواهِب للموهوب له لصحة القبض.

اشترط بعض الحنفية [٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، والإمامية[٦]. لصحة القبض أن يتم بإذن الواهب، إن لم يقبِضه هو، سواء كان ذلك في مجلس التعاقد أو خارجه. وقال بعض الحنفية [٧]: يجوز قبض الهِبة في المجلس -أي مجلس التعاقد- بغير إذن الواهِب استحساناً، أمّا بعد الإفتراق عن المجلس فلا بدّ من الإذن فيه.

*ووجه القول الاول: أن القبض، تصرفٌ في ملِك الواهِب إذ ملكه قبل القبض باق، فلا يصح بدون إذنه.

*ووجه القول الثاني: أن القبض بمنزلة القبول في الهِبة من حيث إنّه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملِك، والمقصود منه إثبات الملِك فيكون الإيجاب منه

---

(١) المقري، اخلاص النّاوي، مصدر سابق، ج٢ ص٤٦٦.

(٢) الكركي،جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٤٩.

(٣) السّمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ص٥١٨.

(٤) البجيرمي، حاشية البجيرمي، مصدر سابق، ج٣ ص٦٤١. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٧٥. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٣٧. البيجوري، حاشية البيجوري، مصدر سابق، ج٢ ص٩٢. الغزالي الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٢٧٠.

(٥) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٤٢. البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠١. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٢.

(٦) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص ص١٢٩-١٤٩. الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص١٦٥. محمد الطوسي، الخلاف، ج٣، مؤسسة النشر الإسلامي، قم ، ص٥٥٦. العاملي، الروضة البهية، مصدر سابق، ج٣ ص١٥٢.

(٧) الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ص٢٢٤. الحصكفي، الدر المختار، وعليه حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص٤٩٢. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق،ج١٢ ص٥٧.

تسليطاً له على القبض، بخلاف ما إذا قبض بعد الإفتراق، فليس فيه إثبات التسليط، إلحاقاً له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا مايلحق به، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض، فلا يصح القبض في المجلس، لأنّ الدلالة لاتعمل في مقابلة التصريح .

الراي المختار: والصحيح فيما أرى هو إشتراط الإذن في القبض سواءً كان ذلك في المجلس أو خارجه؛ لأنّ القبض شرط حصول الملك، وشرط اللزوم حيث إنّ الواهِب بالخيار قبله إن شاء أمضى الهِبة وأقبضها، وإن شاء رجع فيها ومنعها، فعلى هذا لابدّ من الإذن في القبض لاحتمال إرادة الواهِب الرجوع قبل الإذن.

* نتيجة [١]: وبناءً على القول باشتراط الإذن في القبض، لو قبض الموهوب له الشيء الموهوب بدون إذن الواهِب أو تقبيضه، لم تتم الهِبة، ولم يصح القبض، ولا تكون الهِبة حينئذٍ لازمة وتكون داخلة في ضمان الموهوب له، فيجب ردها إن بقيت، وبدلها ان تلفت. .

* راي القانون المدني الأردني في هذه المسالة.

لم يذكر القانون المدني شيئاً عن أحكام القبض، وحيث إنّ المادة (١٤٤٨) من القانون نفسه تنص على إلغاء ما يتعارض فقط من مجلة الأحكام العدلية مع أحكام هذا القانون، وبالعودة الى المجلة نجدها قد فصلت أحكام القبض أبدع تفصيل، وفي مسألة الإذن بالقبض، وردت المادة (٨٤٢) من المجلة ونصت على أنه يلزم إذن الواهِب صراحةً، أو دلالة في القبض، وقد بينت المادة التي تليها وهي المادة (٨٤٣) من المجلة، معنى الدلالة والصراحةِ في الاذن، حيث جاء فيها «ايجاب الواهب إذن دلالة بالقبض، وأمّا إذنه صراحة فهو قوله خذ هذا المال فاني وهبتك إياه ان كان المال حاضراً في مجلس الهِبة، وان كان غائباً فقوله وهبتك المال الفلاني إذهب وخذه هو أمر صريح».

---

(١) المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص ٣٧٨. البجرمي، حاشية البيجرمي،مصدر سابق، ج٣ ص٦٤١. الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج٣ ص٥٥٦. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٤٢. حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، مصدر سابق،ج٢ ص٤٠٨، مادة ٨٤٢.

وقد جعل القانون موضع إعتبار إذن الدلالة- وهو أن يكون الإيجاب في الهبة إذناً دلالة بالقبض، إي بمعنى أخر عدم الحاجة الى إذن صريح في القبض، حيث يكفي الإيجاب للتسليط على القبض جعله القانون فقط داخل مجلس العقد، أمّا خارجه فلا بدّ من الإذن الصريحة بالتسليط على القبض.

لذا نصّت المادة (٨٤٤) من المجلة على أنّه «إذا أذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة، وبعد الإفتراق، أمّا الإذن دلالةً (أي عدم الحاجة إلى الإذن لدلالة الإيجاب عليه) فمعتبر بمجلس الهبة (أي مجلس انعقادها) ولايعتبر بعد الإفتراق، وضربت المادة المثل التالي: لو قال: وهبتك هذا، وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح، وأمّا لو قبضه بعد الإفتراق عن المجلس لايصح ، كذلك لو قال وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني، ولم يقل اذهب وخذه، فإذا ذهب الموهوب له وقبضه لايصح.

* قلتُ: وعلى هذا نخلص إلى نتيجة مؤداها أنّ القبض الواقع بدون إذن الواهب لايكون قبضاً معتبراً، لأنّ القبض تصرف في ملك الواهب، فلا يكون صحيحاً مالم يوجد إذن به من الواهب صراحة أو دلالة كما بينا، وعلى الموهوب له الذي قبض الهبة بدون هذا الإذن أن يعيدها الى صاحبها؛ لأنها هبة غير تامّة، وإذا تلفت بيده ضمنها.

٢) المسالة الثانية: الرّجوع عن الإذن في القبض

فلو أذن الواهب في القبض ورجع عن إذنه فيه قبل القبض، فإنّ هذا الإذن يبطل، فليس للموهوب له قبضه لبقاء ملك الواهب في الموهوب، وإذا قبضه الموهوب له بعد أن رجع الواهب في الإذن بالقبض، لم يصح قبض الموهوب له ولصاحبها-أي الهبة- أن يرجع فيها؛ لأنّ القبض لم يكن صحيحاً لعدم توفر الإذن، وكذا ليس للرسول الذي بعثت معه الهدية تسليمها للموهوب له بعد علمه برجوع الواهب عن الإذن، إلا بإذن جديد، أمّا لو رجع الواهب عن الإذن بعد تمام القبض بإذنه فلا يبطل الإذن وتكون الهبة تامة وينبغي التنبه إلى أن الرجوع في الإذن قبل القبض لايبطل الهبة، ولكنه يبطل الإذن فقط؛ لأن إبطال الإذن إعدام له، وعدمه

لايوجب رجوعاً، فلو جدد الواهب إذناً بالقبض للموهوب له صحّ ذلك، وهذا رأي الشافعية [١]. والمذهب عند الحنابلة [٢]، ممن قالوا باشتراط القبض.

* راي القانون المدني الأردني في مسالة الرجوع عن الإذن في القبض.

لم أجد نصاً في ذلك، سواء في القانون أو المجلة، وما لايوجد فيه نص يُرجع فيه الى الفقه الاسلامي.

*٣) المسالة الثالثة: الإختلاف بين الواهِب والموهوب له في حصول الإذن بالقبض إذا اختلف الواهِب والموهوب له في حصول الإذن بالقبض، فقال الواهِب لم أذن له. وقال الموهوب له بل أذن لي، فإنّ المصدّق هو الواهِب ؛ لأن الأصل عدم الإذن، وهذا ما قاله الشافعية، [٣] ولم أقف في حدود علمي على هذه المسألة عند غيرهم.

* راي القانون المدني الاردني في هذه المسألة:-

لم أجد نصاً، فلذلك يُرجع الى الفقه الإسلامي.

٤) المسألة الرّابعة: اتفاق الواهِب والموهوب له على حصول الإذن بالقبض، واختلافهما في حصول الرجوع قبل القبض ام بعده.

فلو اتفقا على حصول الإذن، لكن قال الواهِب: رجعتُ قبل أن يقبض الموهوب له الهِبة، وقال الموهوب له: بل رجعتَ بعده، فالمصدّق الموهوب له بيمينه، لأنّ الأصل في كل حادثٍ تقديره باقرب زمن، وقيل يصدق الواهب، وهذه المسألة عند الشافعية [٤] ولم أجدها عند غيرهم من القائلين باشتراط القبض.

* راي القانون: لم أجد نصاً في هذه المسألة، لذا يرجع في حكمها الى الفقه الإسلامي

---

(١) النّووي، روضةالطّالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٥ ٣٧. البجيرمي، حاشيةالبجيرمي، مصدر سابق، ج٢ ص٩٢، الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص٤١٤.

(٢) المرداوي،الإنصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٣، ابن قدامة،المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٤٢.

(٣) الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق،ج٥ ص٤١٤، البجيرمي، حاشيةالبجيرمي، مصدر سابق، ج٣ ص٦٤٣، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق،ج٢ ص٤٠٠.

(٤) المصادر ذاتها، نفس الصفحات.

٥) المسالة الخامسة: موت الواهب أو الموهوب له قبل قبض الهبة.

اختلف العُلماء القائلون باشتراط القبض: هل تبطل الهبة بموت أحد المتعاقدين، الواهب أو الموهوب له قبل القبض، وذلك على رأيين هما:-

أ) الراي الأول: إنّها تصح ولاتبطل بالموت، ويقوم وارث الواهب مقامه في الإقباض والإذن بالقبض ووارث المتهب في القبض أيضاً.

وبه قال بعض الشافعية [١] وبعض الحنابلة [٢]، وبعض الإمامية [٣].

دليله: أنّ الهبة عقدٌ يؤول الى اللزوم، فلا ينفسخ بالموت كبيع الخيار.

ب) الراي الثاني: إنّها تبطل بموت أحد المتعاقدين قبل القبض. وبه قال الحنفية [٤]، وبعض الشافعية [٥]، وبعض الحنابلة [٦]، وبعض الإمامية وهو المشهور [٧].

دليله: لأنّ عقد الهبة عقد غير لازم، فبطل بموت احد المتعاقدين، كالوكالة والشركة.

* راي القانون المدني الأردني في هذه المسالة:

أخذ القانون المدني الأردني بالرأي الثاني القائل ببطلان الهبة في هذه الحالة، حيث ورد في المادة(٥٦٤) من القانون نفسه أنّه إذا توفي أحد طرفي الهبة أو أفلس الواهب قبل قبض الموهوب، بطلت الهبة، ولو كانت بعوض.

٦) المسالة السادسة: وعلى القول الأول أنها تصح- أي الهبة- فهل تحتاج الى إذن جديد في القبض، أو بمعنى آخر هل يظل الإذن الذي صدر من الواهب صحيحاً أم

---

(١) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ص٤٠١. الخطيب الشربيني، الإقناع في حلّ ألفاظ ابي شجاع، وعليه حاشية البجيرمي، مصدر سابق، ج٣ ص٦٤٤.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق،ج٨ ص٢٤٣.

(٣) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٥١.

(٤) ابن عابدين، حاشية إبن عابدين ، مصدر سابق،ج٨ ص٥٠٧. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٨. ابن نجيم، البحر الرائق، وعليه منحة الخالق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٢.

(٥) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق،ج٢ ص٤٠١. الخطيب الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج٣ ص٦٤٤.

(٦) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق،ج ص٢٤٣.

(٧) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق،ج٩ ص١٥١.

يبطل؟ قال الشافعية[١] والحنابلة[٢] إنّ الإذن يبطل، ولا بد من إذن جديد من وارث الواهب ان أراد الإبقاء على الهبة.

الدليل: لأنّه إن كان الميت واهباً، فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة الى وارثه، فلم يلزم بغير إذنه، وإن كان الميت موهوباً له فلم يوجد الإذن لوارثه، فلم يملك القبض بغير إذنه.

* راي القانون: ليس للقانون رأي في هذه المسألة ؛ لأنّها مبنية على الرأي الأول في المسألة الخامسة، حيث أخذ القانون بالرأي الثاني من المسألة نفسها.

٧) المسألة السابعة: هل يعدُّ الإقرار بالهبة من الواهب إقراراً بالإقباض للموهوب له. قالوا الإقرار بالهبة لا يعدُّ إقراراً بالقبض، وهذا رأي الحنفية[٣]. والشافعية[٤]. وهذا يعني أنّه إذا أقرَّ الواهب بالهبة، وأقر بالإقباض أيضاً فإنّه يحكم عليه-أي على الواهب-؛ لأنّه أقرَّ بذلك، والانسان مؤاخذ باقراره، وهذا بالإجماع ممن قالوا بالقبض[٥].

* راي القانون: لم أجد للقانون رأي في هذه المسألة لذا يكون الفقه الإسلامي هو المرجع فيها.

٨) المسألة الثامنة : إذا كانت الهبة في يد المتهب كوديعة، أو عارية، أو غصب، أو نحو ذلك فهل تحتاج الى تجديد قبض، أو الى إذن جديد فيه أم لاتحتاج؟ اختلف العلماء القائلون بالقبض على رأيين هما:-

١) الراي الأول: قالوا تصح بمجرد العقد، ولاتفتقر الى تجديد قبض، ولا إذن ولا مضي-زمان يمكن فيه القبض، وهذا رأي الحنفية[٦]، وبعض الحنابلة[٧]، وبعض الإمامية[٨].

---

(١) الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص٤١٤. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٧٥.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٤٤.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص٤٩٢. علي حيدر، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام العدلية، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩٨ شرح المادة(٨٣٧).

(٤) الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص٤١٤. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٠.

(٥) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٠. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٥٠. علي حيدر، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩٨.

(٦) الحصكفي، الدُّر المختار، مصدر سابق، ج٨ ص٤٩٨. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٨٧. السِّمناني، روضة القضاة، ص٥٢٥. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٦.

(٧) ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٤٤. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٢.

(٨) العاملي، الروضة البهية، مصدر سابق، ج٣ ص١٥٢. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٥١.

* دليله: لأنّ قبضه مستدام، فأغنى عن الإبتداء كما لو باعه سلعة بيده.

ب) الراي الثاني: قالوا لابدّ من مضي زمن يتأتى فيه القبض، ولايحتاج الى إذن في القبض وهذا رأي بعض الشّافعية [١]، وبعض الإمامية [٢].

* رأي القانون المدني الأردني في هذه المسالة.

لم يرد في هذا القانون نص، وبالرُجوع الى مجلة الأحكام العدلية وجدت المادة(٨٤٦) منها تنص على أن (من وهب ماله الذي هو في يد آخر له تتم الهبة ولا حاجة الى القبض والتسليم مرة أخرى)، وبهذا يكون القانون قد أخذ بالرأي الأول.

٩) المسالة التاسعة: قبض الصبي

في هذه المسألة سنبحث المحاور التالية: أولاها، هل يصح قبض الطفل بنفسه؟ ثم إذا لم يقبض الطفل لنفسه فمن الذي ينوب عنه في ذلك؟

اولاً: قبض الطفل (غير البالغ) لنفسه.

وهذا له حالتان: إمّا أن يكون مميزاً، وإمّا أن يكون غير مميز.

الحاله الأولى: فإن كان غير مميز، فإنّه لايصحّ قبضه، لانعدام أهليته [٣].

وهذا قول الحنفية والحنابلة، وظاهر قولي الشافعية والإمامية.

* رأي القانون المدني الأردني: نصت المادة ١١٧ منه على بطلان قبض الصبي غير المميز حيث ورد فيها «ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطله» فالقبض بنفسه تصرف وهو باطل بنص هذه المادة، أمّا سن التمييز فكما وضّحته المادة ١١٨ من القانون المدني الأردني هو سبع سنوات كاملة.

(١) الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص٥٣٦.

(٢) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٥١.

(٣) الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٦. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص٥٣٧. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج٤ ص١٢٥. الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص١٧٧.

الحالة الأولى: أن يكون الولي هو الذي وهب الطفل.

اختلف العُلماء فيمن يقبض الهِبة عن الطفل في هذه الحالة على قولين:-

أ) القول الأول : أن الولي هو الذي يقبض للطفل من نفسه [١].

وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة والامامية.

ولكن الحنفية والامامية قالوا لايحتاج الى تجديد قبض في حال كون الهِبة في يده وقبضته كالوديعة أمّا في حال كونها ليست في يده وقبضته كالمرهون والمغصوب فإنّه لابدّ من قبض جديد عن هذا الطفل، كما قال بعض الحنابلة:لابدّ أن يقول الولي عند قبضه للطفل وهبت له كذا وقبضته له فإن لم يقل لم يكفِ لتغاير القبضين، فلا بدّ من تمييز لأنّ اليد التي لجهة المتهب هنا هي نفس يد الواهِب فلا يؤمن أن يدعيه في ثاني الحال أو يدعيه الورثة تركة فيذهب على الطفل.

ب) القول الثاني: قالوا لاتصح الهِبة لطفل من أبيه إلابخليفه يقبل له أو يقبض، والمراد بالخليفة الوكيل أو النائب أو تعلق الى بلوغه فإمّا أن يقبلها ويقبضها بنفسه وإمّا أن يردها على صاحبها. وهذا رأي الاباضية [٢].

راي القانون المدني الأردني في حالة كون الولي هو الذي وهب الطفل

جاء في المادة (٨٥١) من مجلة الأحكام العدلية« يملك الصغير المال الذي وهبه إياه وصيه أو مربيه يعني من هو في حجره وتربيته سواء اكان المال في يده أم كان وديعة عند غيره بمجرد الايجاب أي بمجرد قول الواهِب وهبت ولايحتاج الى القبض»، فالوصي هنا يشمل من باب أولى الولي والولي: يقصد به الأب وإذا لم يكن الأب موجوداً فالجد على حسب الترتيب الآتي اولاً الأب، ثانياً الوصي الذي إختاره الأب عند عدم الأب أي عند وفاته أو غيبه متقطعة أو وصي هذا الوصي، الجد الصحيح أي أبو الأب عند عدم الوصي للأب المتوفي أو الغائب، رابعاً الوصي

(١) الميرغيناني،الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٦. الحصكفي، الدرالمختار، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٤٩٨-٥٠٠. البيجيرمي، حاشيةالبيجيرمي، مصدر سابق، ج٣ ص٦٤٢. ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٥٤. المرداوي،الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٥. ابن قاسم،الاحكام شرح أصول الأحكام، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩١. الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص١٧٦. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق،ج٩ ص١٥٢.

(٢) إطفيّش،شرح النّيل، مصدر سابق،ج١٢ ص١٦.

الذي إختاره الجد عند وفاة الجد أو غيابه غيبة متقطعة أو وصي هذا الوصي، خامساً: الوصي الذي يعينه الحاكم.

أمّا المربي: وهو الشخص الذي يقوم على تربية الطفل وليس بولي ولا وصي، فهبته صحيحة للطفل بلا قبض بشرطين: أولهما يجب أن يكون الطفل في حجر ذلك المربي وتربيته وعليه لو وهب احد أقرباء الصغير أو أجنبي لم يكن في حجره وتربيتة للصغير مالاً له في يده أو وديعة عند غيره لذلك الصغير فلا يملك الصغير ذلك المال بمجرد الإيجاب ويلزم القبول والقبض.

الشرط الثاني:- يجب ألا يكون ولي الصغير أو وصية موجوداً فان كان وليه موجوداً أو وصي ذلك الولي مع عدمه فلا بد من قبض ولي الصغير عنه فاذا لم يقبضها الولي أو الوصي مع عدمه فلا حكم لهذه الهِبة، وأمّا في حال عدم وجود ولي للصغير أو وصي فان قبض المربي للصغير يكون معتبراً وتتم الهِبة بمجرد إيجاب المربي ولايحتاج الى قبض أحد.

ب) الحالة الثانية: أن يكون الواهِب للصغير غير الولي.

إتفق الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] والاباضية[4] والإمامية[5] من القائلين بالقبض على أن الولي هو الذي يقبض للصغير، والولي عندهم هو الأب فان عدم بأن كان ميتاً أو غائباً فقد إختلفوا فيمن يحق له تولي القبض بعده.

قال الحنفية: القبض للأب فان مات فان القبض يكون لولي اليتيم وهو وصي الأب فان عُدم فالجد الصحيح (أبو الأب) فان عُدم (بوفاته، أو غيبته غيبة متقطعة) فالوصي الذي عينه الجد أو وصي هذا الوصي فان عدم فالوصي الذي يعينه القاضي

---

(١) ابن نجيم، البحرالرائق، مصدر سابق، ج٧ ص ص ٢٢٨-٢٨٩. السمناني، روضةالقضاة، مصدر سابق، ص٥٢٧.

(٢) الماوردي، الحاوي‌الكبير، مصدر سابق، ج٧ ص٥٣٧. البيجرمي، حاشيةالبيجرمي، مصدر سابق، ج٣ ص٦٤٢.

(٣) المرداوي،الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٥. ابن قدامة،المغني، مصدر سابق،ج٨ ص ص ٢٥٢-٢٥٣.

(٤) إطفيّش، شرح‌النّيل، مصدر سابق، ج١٢ ص١٧.

(٥) الطباطبائي، رياض‌المسائل، مصدر سابق،ج٦ ص ص ١٧٦-١٧٧. الكركي، جامع‌المقاصد، ج٩ ص١٥٣.

وقال الحنابلة: يقبض للطفل أبوه الأمين العدل، فإن عدم بأن كان ميتاً أو مجنوناً فالوصي ثم الحاكم الأمين أو من يقيمونه مقامهم وعند عدمهم يقبض له- للصغير- من يليه من أم وقريب وغيرهما.

وقال الامامية: القبض للولي ان كان موجوداً ومع عدمه فلا بدّ من قبض الحاكم.

وقال الاباضية: القبض للأب أو الوصي أو وكيل من الحاكم.

راي القانون المدني الأردني في حال كان الواهب للصغير غير الولي[1].

جاء في المادة (٨٥٢) من مجلة الأحكام العدلية« إذا وهب أحدٌ شيئاً لطفل تتم الهبة بقبض وليه أو مربيه » ومعنى هذا أنّه إذا وهب احدٌ شيئاً لطفل أي إذا وهب شخص غير ولي أو وصي أو مربي الصغير أي الذي يتربى الصغير في حجره للصغير المميز أو غير المميز مالاً تتم الهبة في ذلك بقبض الولي أو مربي الصغير الذي يتربى الصغير في حجره ويقصد بالطفل، الطفلة أيضاً والأحكام وان كانت بلفظ التذكير فليس معنى ذلك خروج الإناث من تلك الأحكام وإنما هذا جرى على حكم العادة في تغليب ألفاظ التذكير على ألفاظ التانيث وإلا فالمقصود الجنسين معاً.

والهبة: هنا بمعناها العام الشامل للصدقة والهدية، وهي في كل الأبحاث التي ذكرناها كذلك إلا مانبهنا عليه في موضعه بخروج حكم الصدقة عنه.

والولي المذكور في هذه المادة يقصد به وعلى الترتيب التالي:- الأب، ثم وصي الأب ثم وصي وصي الأب، ثم الجد أي أبو الأب، ثم وصي الجد، ثم وصي وصي الجد، ثم القاضي، ثم وصي القاضي ثم وصي وصي القاضي. وعلى هذا فمتى كان وصي الأب موجوداً مثلاً فلا ولاية للجد وهكذا في سائر هؤلاء المذكورين ولاتجوز ولاية أحد منهم مع وجود من هو أحق منه على حسب الترتيب المار ذكره آنفاً. مثلاً لو وهب أجنبي لصغير، وأبو الصغير موجود وقبض جد الصغير أي أبو أبيه، فإنّ الهبة لاتكون تامة إذا لم يكن الصغير المذكور في عيال الجد لأنه حينئذ يأخذ حكم المربي.

(١) أنظر هذه التفصيلات عند علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٢٣-٤٢٤، شرح المادة(٨٥٢).

هذا وتتم الهبة أيضاً بقبض المربي الذي يقوم بتربية الصغير في حجره، وقد اختلف العُلماء هل قبض المربي للصغير كاف مع وجود أحد أوليائه المذكورين سابقاً، منهم من قال يكون كافياً حتى مع وجود واحد منهم، ومنهم من قال لايكفي والمختار المفتى به الأول وهذا ما يفهم من إطلاق المادة (٨٥٢) من المجلة المذكورة أعلاه.

وهنا لابد أن تتنبه الى أن أحد الأولياء المذكورين على الترتيب أنف الذكر إذا كان يربي الصغير فقبضه جائز حتى مع وجود من هو أولى منه؛ لأنّ للمربي ولاية مثل ولاية الولي الأصلي.

المسالة العاشرة: كيفية القبض

تختلف الأشياء التي تكون بها الهبة، فمنها العقارات كالدُور والأراضي، ومنها المنقولات كالدّواب ونحوها. وقبض هذه الأشياء كل بحسبه فما يكون قبضاً في العقار مثلاً لايكون قبضاً في المنقول . وإليك آراء العُلماء في كيفية القبض.

الراي الأول:- أن التخلية [1] في كل شي قبض [2].

وهذا قول ابي حنيفة وهو رواية عن أحمد

الراي الثاني:- قالوا القبض فيما لاينقل التخلية، والنقل فيما ينقل وفي المشاع بتسليم الكل إليه إذا كان منقولاً وان كان عقاراً فالتخلية قبض له [3].

وهذا قول الشافعية، والحنابلة، والإمامية.

---

(١) التخلية: هي أن يجعل الواهب المال الموهوب بحالة يستطيع معها الموهوب له أخذه وأن يُلزمه بقبضه. أنظر علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠١.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق،ج٨، ص١٨٦.

(٣) الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص٤١٤. البيجرمي، حاشية البيجرمي، مصدر سابق، ج٣ ص٦٤٤. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٧٦. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق،ج٨ ص٢٤٧، المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٣.
الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٥٥. الطوسي، المبسوط، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٠.

راي القانون المدني الأردني في كيفية القبض.

بينت المادة (٥٦٦) من القانون المدني الأردني كيفية القبض في العقارات، ونحوها مما يحتاج الى تسجيل كالسيارات والسُفن وغيرها، ويكون القبض في هذه الأشياء بالتسجيل في الدوائر المختصة كدائرة الأراضي، ودائرة الترخيص وغيرها وبهذا تكون هذه الاشياء قد تم القبض فيها حكماً وهذا ما جاء في الفقرة(١) من المادة نفسها آنفة الذكر والتي نصها «يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي إجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ويجوز لكل من طرفي العقد إستكمال الاجراءات اللازمة».

أمّا المنقولات وهي غير العقارات كالدّواب والأدوات فهذه تتم الهبة فيها بالقبض حسب ما جاء في الفقرة (٢) من المادة نفسها المذكوره أعلاه، حيث جاء فيها« وتتم -أي الهبة- في المنقول بالقبض دون حاجة الى التسجيل»

والقبض في المنقول حسب ما بينه الفقهاء يكون بنقله من مكانه كما سبق وان عرفنا في المسالة السابقة.

المبحث السابع: حكم الرُّجوع في الهِبة والهدية في حال الإطلاق وعدم اشتراط العِوض

تمهيد

قسّم العُلماء- ماعدا جمهور الشافعية- الهبة الى قسمين:

اولهما: الهِبة المطلقة، وثانيهما الهِبة بشرط العِوض، وقد أضاف جمهور الشافعية الى هذين القسمين قسماً ثالثاً وهو الهِبة المقيّدة بنفي الثواب، وهذا القِسم ليس له وجود عند غيرهم من فقهاء المذاهِب الأُخرى.

ويُقصد بالهِبة المطلقة عند العُلماء: تِلك الهِبة التي لم تُقيَّد باشتراط العِوض، ولذلك سُميَّت بهذا الإسم؛ لأنها أُطلقت عن التقييد بعوض، ويقول جمهور الشافعية: إنَّها الهبِة التي لم تقيد بنفي الثواب، أو باشتراطه.

أمّا النوع الثاني: وهي الهِبة بشرط العوض أو الثواب كما يسميها البعض، فهي: الهِبة التي قُيِّدت باشتراط الثواب كأنْ يقول: وهبتك على أن تثيبني كذا وكذا، أو بدون تحديد كأنْ يقول : وهبتك كذا على أن تثيبني عليه.

والنوع الثالث: وهي الهِبة المقيدة بنفي الثواب، فيقصد بها الهبة التي نصَّ فيها عند دفعها إلى الموهوب له أن تكون خالية عن التعويض، وهذا النوع تفرَّد به جمهور الشافعية كما بينا.

والجدير بالذكر في هذا المقام أنني قمت بتوضيح هذه الأنواع من الهِبة، كي لايحصل خلط في أحكامها، هذا وقد قمت بفصل الصدقة عن رفيقتيها الهبة الخاصّة، والهدية، وذلك لكثرة الاختلاف الذي وقع في الصدقة، بخاصة في رجوع الأب وسائر الأصول، لذا آثرت التعرض لها وحدها، لكي تتضح صورتها على أكمل وجه، تأسياً بعُلماء الحنفية، والمالكية وغيرهم، حيث تعرضوا لها وحدها مفصولة عن رفيقتيها الهدية، والهبة بمعناها الخاص.

وإليك الآن بيان حكم الرجوع في الهِبة المطلقة (والتي تضم الهدية والهِبة)، وذلك قبل لزومها عند البعض وقبل ملكها عند آخرين وبعد ذلك كلّه أيضاً.

المطلب الأول: حُكم الرُجوع في الهِبة والهدية في حال الإطلاق، قبل اللُزوم أو الملك عند البعض.

عرفنا في المبحث السابق، بماذا تلزم الهِبة بمعناها العام (الشامل للصدقة، والهدية، والهِبة بمعناها الخاص)، وذلك عند من قال بلزومها، عند من لم يقل بلزومها عرفنا أيضاً بماذا تُملك وتتم، كما عرفنا أن الجمهور قالوا بأن الهِبة لاتلزم إلا بالقبض بشروطه المعتبرة التي مرت بك. وقال البعض بأن الهِبة تلزم بمجرد العقد دون القبض، كما قال آخرون: بأنها تلزم تارة بالقبض، وتارة بالعقد، وهم بعض الحنابلة وفريق قال أيضاً بعدم لزوم الهِبة بأي شيء لابقبض ولابغيره، وهم الحنفية، والزيدية، وبعض الإمامية، ويستثنى من قول هؤلاء الصدقة فإنّها تملك وتلزم عند الحنفية وبعض الإمامية بالقبض وعند الزيدية تلزم بالعقد.

* أمّا حكم الرُجوع في هذه الحالة: فإنّ العُلماء قد نصّوا بأنّ للواهب الحق في الرُجوع في الهِبة (بمعناها العام) قبل لزومها -بما عرفت- عند من قال بلزومها به، أو قبل مِلكها- عند من لم يقل باللُزوم بما تملك به سواء أكان الواهِب أباً أو غير أب، وذلك لأنّ الهِبة لم تتم بعد، ولم تلزم أو تملك[1].

*** المطلب الثاني:- حكم الرجوع في الهِبة والهدية في حال الإطلاق بعد حصول شرط اللُزوم أو شرط الملِك عند البعض.**

اختلف العُلماء في هذه المسألة على تسعة أقوال، وهي:-

القول الأول: قالوا إنّ للواهِب الرجوع في هبته[2] بعد القبض مع الكراهة، إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع السبعة، وهي عندهم، الزيادة المتصلة، أو أن يعوض

---

(١) ابن نجيم، البحرالرائق، مصدر سابق، ج٧ ص ص ٢٩٠-٢٩٧. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٧. المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٨١. البيجوري، حاشية البيجوري، مصدر سابق، ج٢ ص٩٣. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٤٢.
المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠١. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٧٢. الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص١٧٣. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٥٧.

(٢) المقصود بالهبة، وحيثما وردت، هو الشيء الموهوب؛ لأنّ الرجوع انما يكون في حق الأعيان لافي حقّ الأقوال. أنظر ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٠.

الموهوب له الواهب، أو أن يموت أحد المتعاقدين، الواهب أو الموهوب له، أو أن تخرج الهبة عن ملك الموهوب له، أوالزوجية، أو القرابة وهي قرابة ذي الرَّحم المحرم، أو الهلاك.

وهذا رأي الحنفية[١].

* أمّا موانع الرُّجوع في الهبة بعد القبض، فتجمعها كلمة دمع خزقة وهي ما يلي:-

أولاً: الزيادة المتصلة [٢]: وهي الزيادة في عين الموهوب الموجبة لزيادة قيمته، كالغرس والبناء، والسمن والجمال والخياطة، والصبغ، وزيادة القيمة بالنقل من مكان الى مكان، وسماع الأصم، وإبصار الأعمى، وكبر الصغير، وما إلى ذلك.

* ووجه ذلك: أنّ حق الرُّجوع لايكون إلا فيما تناولته الهبة، وهو الأصل دون الزيادة الحادثة؛ لأنّ الزيادة الحادثة لم تتناولها الهبة، ولا يمكن الرجوع في الأصل وحده بدون الزيادة المتصلة لعدم إمكان الفصل، لهذا كانت مانعاً من موانع الرُّجوع.

* وقد خرج بقولهم الزيادة: النقصان فإنّه غير مانع من الرُّجوع، كالحَبَلْ ، وقطع الثوب وما إلى ذلك.

* خرج بقولهم الزيادة المتصلة، الزيادة المنفصلة، كالولد، والأرش، والثمرة، والكسب، والغلة، فإنّها لاتمنع الرُّجوع في الأصل والزيادة للموهوب له، لأنّ هذه الزوائد لم يرد عليها العقد، فلا يرد عليها الفسخ، وإنّما ورد على الأصل، ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة بخلاف المتصلة.

* وخرج بقيد الزيادة في العين، مالو ارتفع سعر الموهوب فإنّها زيادة في السّعر لافي نفس عين الموهوب، فلا تمنع الرُّجوع .

* وخرج بقيد الموجبة لزيادة القيمة: مالو زاد في العين شيئاً لايؤثر في القيمة كطول الغلام، وفداء الموهوب له لو كان الموهوب جنى خطأ، وتعليمه القرآن أو

---

(١) الحصكفي، الدُّر المختار وعليه حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص٥٠٤. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٨. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٧، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٠. السَّرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٣. الموصلي الاختيار، مصدر سابق، ج٣ ص٥١.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩١. الحصكفي، الدُّر المختار، مصدر سابق، ج٨ ص٥٠٥. السَّرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٦. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦ ص١٢٩.

الكتابة أو الصنعة، والبناء، والغرس إذا كان لايوجب زيادة في الأرض، وإن كان – أي البناء والغرس– يوجب زيادة في قطعة من الأرض، امتنع فيها فقط، ولم يمتنع في بقية الأرض. وقد خالف بعض العلماء[1] في ذلك حيث قالوا إنّه لو علمه الموهوب له القرآن أو الكتابة، أو القراءة، أو كان أعجمياً فعلّمه العربية، فانّه لايرجع– أي الواهب– في هبته لحدوث الزيادة في العين.

ثانياً: موت احد المتعاقدين، الواهِب او الموهوب له بعد القبض [2].

قلنا بعد القبض؛ لأنّه إذا حصل هذا المانع قبل القبض فإنّها تبطل لانتقال الملِك للوارث قبل تمام الهِبة، أمّا إذا حصل هذا المانع بعد القبض، فإنّه يمنع الواهِب من الرجوع فيما وهب.

* ووجه امتناع الرجوع بعد موت الموهوب له: أنّ الملِك قد انتقل الى الورثة فكما لو انتقل في حياة الموهوب له، فإنّ الواهب لايملِك الرُجوع، فكذا هنا.

أمّا وجه إمتناع الرُجوع بعد موت الواهِب فلأنّ النص لم يوجب حق الرجوع إلا للواهِب. والوارث ليس بواهِب.

ثالثاً:– خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له [3].

وذلك بأي سبب كان، من بيع، أو هبة، أو ما إلى ذلك ووجه ذلك:

١– لأنّ تبدل الملِك كتبدل العين، وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا بتبدل السبب

٢– ولأنّه حصل بتسليط الواهِب فلا ينقضه.

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩١، الحصكفي، الدُّر المختار وعليه حاشية ابن عابدين ، مصدر سابق، ج٨ ص٥٠٥.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص٥٠٧، السِّمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ص٥٢٧. الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق،ج ص٤٤. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٩. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق،ج١٢ ص٥٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٩. المبرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٨. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق،ج١٢ ص٥٦. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٣.

* وإذا عادت العين بعد خروجها عن ملك الموهوب له إليه مرة أخرى ففيها التفصيل الآتي[١]:

قالوا إنْ عادت العين الموهوبة الى ملك الموهوب له بفسخٍ كهبة رجع بها الموهوب له فإنّ للواهب الأول الرُّجوع، وإنْ كانت بسبب جديد كصدقة، أو بيع أو نحو ذلك، فإنّه لايعود أي الواهب الأول؛ لأنّ حق الرجوع لم يكن ثابتاً في هذا الملك فلا يرجع

رابعاً: الزَّوجية [٢].

فإذا وهب أحد الزَّوجين للآخر فإنّه لا رجوع له فيما وهب؛ لأنّ المقصود فيها الصِّلة كما في القرابة، وإنّما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد، حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرُّجوع فيها، ولو أبانها بعدما وهب لها فلا رجوع .

ووجه النظر إلى هذا المقصود-الصِّلة- وقت العقد، لأنّها لما كانت أجنبية منه حين وهب لها علمنا أن مقصوده العوض، ولم ينل ذلك فله الرُّجوع، ولمّا وهبها بعد العقد تبين أنه أراد الصِّلة [٣]

خامساً: القرابة، وهم ذوو الرَّحم المحارم دون غيرهم من الأقارب.

فإذا وهب أحد لذي رحم محرم وقبضها، لم يجز للواهب الرجوع فيها، وأما إذا وهب لقريب ولكنه ليس بذي رحم محرم، صحّ له الرجوع فيها، كذلك إذا وهب لذي رحم ولكنه ليس محرماً فلا يمتنع الرجوع،كالهبة لأبناء عمِّه. وكذا إذا وهب لمحرمٍ ليس برحم فله الرُّجوع كالهبة لأخيه من الرضاعة، وأمهات النِّساء، والربائب (بنات الزوجات)، وأزواج البنين، والبنات، فإنّ جميع هؤلاء لايمتنع الرجوع بالهبة لهم.

ووجه ذلك: لأنّ ما بينهما وبين الواهب من القرابة لايفترض وصلُها، والرجوع إنّما منع خوف قطع الصِّلة الواجبة [٤].

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٣.

(٢) المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٨. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق،ج٧ ص٢٩٤. الحصكفي، الدُّر المختار وعليه حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص٥١٢
الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج٦ ص٩٢٣. السَّرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥١، ٥٦.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٥١٢-٥١٣. السَّرخسي، المبسوط، مصدر سابق ج١٢ ص٤٩، ٦٠، ٦١.

(٤) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٦.

* أمّا أدلّتهم على امتناع الرُّجوع في الهبة لذي الرّحم المحرم فهي مايلي:-

الدليل الأول:- قوله صلى اللّه عليه وسلّم: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها»[١].

الدليل الثاني: ولأنّ المقصود صلة الرحم وقد حصل[٢].

الدليل الثالث: ولأنّ صلة الرّحم واجبة، وإنّ قطعها حرام، وفي الرجوع إيذاء للمحرم وقطع لصلته فيمنع[٣].

سادساً:- الهلاك[٤].

فإذا هلكت العين الموهوبة، أو أستهلكت فلا رجوع للواهب.

* الدليل: لأنّه لاسبيل إلى الرُّجوع في الهالك، ولاسبيل الى الرجوع في قيمته؛ لأنهّا ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها[٥].

سابعاً:- أن يعوض الموهوب له الواهب في مقابل هبته، فإذا عوّضه وقبض الواهب العوض، امتنع الرُّجوع عليه، سواءً قلَّ العوض أم كثر[٦].

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك، مصدر سابق، ج٢ ص٥٢، كتاب البيوع، وقال عنه حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه. كما أخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، مصدر سابق، ج٦ ص١٨١، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة. وسند حديثه ليس بالقوي. وأخرجه أيضاً الدارقطني، في سننه، مصدر سابق، ج٣ ص٤٤، كتاب البيوع، حديث رقم ١٨٤.

قال الزيلعي في نصب الراية، الطبعة الأولى(ج٤)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦، ص ص ٣٠٧-٣٠٨ كتاب الهبة، باب الرجوع في الهبة، قال:وقال: ابن الجوزي في «التحقيق» وعبد الله بن جعفر(رواي الحديث) ضعيف، وخطأة. صاحب«التنقيح»، وقال: بل هو ثقة من رجال الصحيحين، والضعيف هو والد علي بن المديني، وقال رواة هذا الحديث كلّهم ثقات، ولكنه حديث منكر وهو من أنكر ماروي عن الحسن عن سمرة، انتهى.

وقال الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة، مصدر سابق، ج١ ص٥٣٦، حديث رقم٣٦١، قال عنه هو حديث منكر ... وقال: قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري وخالفه تلميذه البيهقي، فقال: « ليس إسناده بالقوى» وهذا هو الصواب للخلاف المعروف في سماع الحسن وهو البصري من سمرة، ثم هو مدلس وقد عنعنه فأنى له الصحة؟.

(٢) السّرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٤٩، ٦٠، ٦١. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٨.

(٣) المصدرين ذاتهما، نفس الصفحات.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٨. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص٥١٣.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٨.

(٦) السّرخسي، المبسوط مصدر سابق، ج١٢ ص٥٦، ٧٥.

* الأدلة:-

* الدليل الأول: قال صلى الله عليه وسلم: «الواهِب أحقُّ بهبته مالم يثب منها»[١].
أي يعوض عنها.

* الدليل الثاني: ولأنّ حق الرُّجوع في الهِبة كان لخلل في مقصوده منها- وهو حصول العِوض- وقد انعدم ذلك بوصول مقصوده إليه[٢].

* وللعوض حتى يكون مانعاً من الرُّجوع شروط يمكن تلخيصها بما يلي:-[٣].

* الشرط الأول: أن يذكر الموهوب له لفظاً يعلَمُ الواهبُ من خلاله أنّه عوض كقوله: خذ عوض هِبتك، أو بدلها، أو مقابلها، أو نحلتك هذا عن هبتك، أو كافاتك، أو جازيتك، وما يجرى هذا المجرى، فإذا قال نحو هذا الكلام فقد سقط حق الواهِب في الرّجوع في هبته.

وسبب وجوب التلفظ عند دفع العِوض للواهِب هو أنّ العِوض اسم لما يقابل المُعوَّض فلا بدَّ من لفظ يدل على المقابلة. حتى لو وهب لإنسان شيئاً وقبضه الموهوب له، ثم إنّ الموهوب له أيضاً وهب شيئاً للواهِب ولم يقل هذا عوض عن

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننة، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٤٣-٤٤،في كتاب البيوع، قال العلاّمه ابو الطيب في التعليق المغني على الدارقطني، المطبوع على هامش سنن الدارقطني: قال واسماعيل بن حارثة ضعفوه، يقصد بذلك راوي هذا الحديث. كما أخرجه الحاكم في المستدرك، مصدر سابق، ج٢ ص٥٢، كتاب البيوع، أخرجه عن ابن عمر، وقال عنه حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ولا يفهم من كلام الذهبي في التلخيص، المطبوع على هامش المستدرك تصحيح ولا تضعيف، كما رواه أيضاً البيهقي، في السنن الكبرى، مصدر سابق، ج٦ ص١٨١، في كتاب البيوع، باب المكافأه في الهبة، ولكن البيهقي لم يقر شيخه الحاكم على تصحيحه هذا الحديث حيث قال في عقب الحديث المذكور: « وكذلك رواه علي بن سهل بن المغيره عن عبيد الله، وهو وهم، وانما المحفوظ عن حنظله عن سالم بن عبد ا الله عن أبيه عن عمر بن الخطاب ...» فالبيهقي رجح وقفه على عمر كما رأيت. وكذلك الدارقطني حيث قال في سننة ج٣ ص٤٤: «لايثبت هذا مرفوعاً، والصواب عن ابن عمر عن عمر موقوفاً». وقال ابن التركماني في الجوهر النقي، ج٦ ص١٨١، المطبوع على هامش سنن البيهقي المذكور أعلاه: «والمرفوع رواته ثقات، كذا قال عبد الحق في «الاحكام» وصححه ابن حزم ولكنّ الألباني في إرواء الغليل، مصدر سابق، ج٦ ص ص ٥٧-٥٨ حديث رقم ١٦١٣، رد عليه وبين أن قول عبد الحق لم يقتصر على القول الذي نقله عنه ابن التركماني فقط بل أتبع ذلك بقوله بعد أن كان عزاه للدارقطني: «ولكنه جعله وهماً قال: الصواب عن ابن عمر عن عمر» ورد على تصحيح ابن حزم له بأن ذلك يتناسب مع ظاهريته، أمّا أهل العلم والنقد فلا يكتفون بذلك بل يتبعون الطرق ويدرسون أحوال الرواة... لذلك رأينا أهل العلم قد حكموا على هذا الحديث بأنه وهم وان الصواب فيه الوقف منهم الدارقطني، والبيهقي والعسقلاني وأقرهم الزيلعي على هذا فأين يقع تصحيح ابن حزم مع تضعيف هؤلاء ؟

(٢) السّرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٦ ، ٧٥.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٢. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص ص ١٣٠-١٣١.

هبتك ونحو ذلك لم يكن عوضاً، بل يكون هبة مبتدأة، فلكلٍّ منهما الرجوع في هبته.

* الشرط الثاني: أن لايكون العوض في العقد مملوكاً بذلك العقد، ولذلك لو عوّض الموهوب له الواهِب بالموهوب لايصح ولايكون عوضاً، وللواهِب الرُّجوع، وإنْ عوضَه ببعض الموهوب عن باقيه، فإنْ كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضاً؛ لأنّ التعويض ببعض الموهوب لايكون مقصود الواهِب عادةً، إذ لو كان ذلك مقصوده لأمسكه ولم يهبه، فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد. فلا يبطل حق الرُّجوع وإنْ كان الموهوب قد تغيّر حاله تغيراً يمنع الرجوع، فإنَّ بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي؛ لأنّه بالتغير صار بمنزلة عين أُخرى، فصلح عوضاً، هذا إذا وهب شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحد، فأمّا إذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الاخر فقد اختلف الحنفية على قولين، وهما:-

١- القول الأول: انه يكون عوضاً.

وهو قول أبي حنيفة.

٢- القول الثاني: لايكون عوضاً.

وهو قول أبي يوسف.

* الشرط الثالث:- سلامة العِوض للواهِب، فإنْ لم يسلم بأن أُستحق من يده لم يكن عوضاً، وله أن يرجع في الهِبة؛ لأنّه بالاستحقاق تبين أن التعويض لم يصح، فكأنّه لم يُعوّض أصلاً، فله أن يرجع إن كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزدد خيراً ولم يحدث فيه ما يمنع الرُّجوع، فإن كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه كما لو هلك أو إستهلكه قبل التعويض، كذا إذا ازداد خيراً لم يضمن كما قبل التعويض، وإن أُستحق بعض العِوض وبقي البعض فالباقي عوض عن كل الموهوب. وإن شاء ردَّ ما بقي من العِوض، ويرجع في كل الموهوب ان كان قائماً في يده، ولم يحدث فيه ما يمنع الرُّجوع، وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد وابي يوسف، وقال زفر: يرجع في الهبة بقدر المُستحق من العِوض.

القول الثاني: قالوا ليس للواهِب الرُّجوع في هبته وهديته، إلا أن يريد عِوضاً عنها، ولم يعوضه الموهوب له، أو أن يكون أباً أو أماً [١] فقط للموهوب له، صغيراً كان الولد أم كبيراً، حازها الولد أم لا، بشروط معينه، سنذكرها لاحقاً، وهذا هو الرأي المشهور عند المالكية[٢].

القول الثالث: قالوا لارجوع للواهِب في هبته أو هديته بعد القبض، إلا للأب أو أحد سائر الأصول من الجهتين، جهة الأب وجهة الأم، وهذا يشمل الأجداد والجدّات، وان علوا، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، غنياً أو فقيراً، ولو مع اختلاف الدين بشروط معينه ستأتي لاحقاً، وهذا هو القول المشهور عند الشافعية[٣][٤].

---

(١) وقد فصّل المالكية مسألة رجوع الأم في هبتها لولدها، ذكراً كان أو أنثى، فقالوا: للأم -لا الجدة- أن تعتصر وترجع فيما وهبت لولدها الصغير في حياة أبيه - بشروط سنذكرها لاحقاً. ولو كان الأب حين الهبة مجنوناً مطبقاً، إلا إذا أرادت بالهبة ثواب الآخرة فلا رجوع لها فيها؛ لأنها صدقة وكذلك إذا أرادت بها الصّلة والحنان لأنها كالصدقة إلا في حال اشتراطها الرُّجوع فلها ذلك. أمّا إذا وهبته وهو يتيم-أي الولد- قد مات أبوه فلا رجوع لها؛ لأنها كالصدقة وإذا وهبته في حياة أبيه ثم مات أبوه بعد الهبة فلها الرجوع على المختار ولو قبل البلوغ؛ لأنّها لم تكن بمعنى الصدقة، حيث كان له أبٌ حين الهبة، وقيل ليس لَها الرجوع.

وقالوا أيضاً وان وهبت الأم ولدها، وهو صغير يتيم ثم بلغ، فلا رجوع فيها؛ لأنها وهبته في حال اليتم، وهذا كله إذا وهبته وهو صغير، أمّا إذا وهبت ابنها الكبير البالغ فلها الإعتصار سواء كان له أب أم لا، بالشروط التي ستأتي إن شاء الله، إلا فيما أريد به ثواب الآخرة، أو كانت على وجه الصلة والحنان إلا في حال اشتراطها الرجوع فلها ذلك كالصغير.

أنظر هذا التفصيل في: الخرشي، **شرح الخرشي**، مصدر سابق، ج٧ ص١١٤،. الدُسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٤ ص ص ١١٠-١١١. الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق ج٤ ص ص ١٥٢-١٥٣.

(٢) الكاندهلوي، **أوجز المسالك**، مصدر سابق، ج١٢ ص ٢٧٠. الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص ص١٥١-١٥٢. الدُسوقي، **حاشية الدُسوقي**، مصدر سابق، ج٤ ص ص١١٠-١١١.

(٣) البيجوري، **حاشية البيجوري**، مصدر سابق، ج٢ ص٩٣. الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٠١-٤٠٢. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٢٧٢. الرّملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٤١٦-٤١٧. المطيعي، **تكملة المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق، ج١٥ ص ص ٣٨١-٣٨٢. النووي، **روضة الطالبين**، مصدر سابق، ج٥ ص٣٧٨. البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، مصدر سابق ج٣ ص ص ٦٤٥-٦٤٦.

(٤) قال الشافعية جميعاً- ممن قالوا برجوع الأب- إنّ محل رجوعه في هبته لولده هو فيما إذا كان الولد حراً، أمّا الهبة لولده الرقيق فهبة لسيده ولا رجوع فيها، ومحله أيضاً في هبة الأعيان أمّا لو وهب له ديناً له عليه فلا ر- جزماً.

* القول الرابع: قالوا لارجوع للواهب في هبته أو هديته، إلا للأب فقط بشروط ستأتي، وهذا هو المذهب عند الحنابلة، وقد نصّ عليه أحمد وعليه جماهير الحنابلة(١)، وهو في مقابل المشهور عند الشافعية(٢).

* القول الخامس: قالوا لارجوع للواهب في هبته إلا للوالد، والوالدة، والجدّ والجدّة، وذلك بشروط عند كل منهم، وهذا قول الظاهرية(٣)، ورأي للإمام مالك-فيما إذا لم يرُد الواهب ثواب هبته-(٤).

* القول السادس: قال ليس للواهب أن يرجع في هبته، ولو كان أباً، وهذه رواية عن الإمام أحمد(٥).

* القول السّابع: قالوا إذا كانت الهبة على عوض مضمر في نفس الواهب، ولم يذكر عند العقد (غرضاً كان أم مالاً) كالإهداء، وفي نفسه التماس العوض، ومثال الغرض كالزوجة تهب لزوجها صداقها استمالة لقلبه واستجلاباً لحسن عشرته، أو غير ذلك من الأغراض، فانّ للواهب الرجوع لتعذر المال المضمر أو الغرض، أمّا إذا عوضه الموهوب له فلا رجوع له حينئذٍ، ويشترط أن يكون الرجوع فوراً في مجلس علمه أو ظنه تعذر العوض، فإن تراخى فلا رجوع، وأمّا إذا كانت الهبة بلا عوض مشروط ولا مضمر فيصح مع الكراهة الرّجوع فيها بشروط ... وهذا قول الزيدية(٦).

أمّا الشروط لصحّة الرجوع في الهبة عندهم فهي ما يلي:-

---

(١) البُهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣١٢-٣١٣. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٤٥. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ٢٧٧. البنّا، المقنع، مصدر سابق، ج٢ ص٧٨٠. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩٣.

(٢) النّووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٧٨، الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٤١٦-٤١٧.

(٣) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص١٢٧.

(٤) الكاندهاوي، أوجز المسالك، مصدر سابق، ج١٢ ص ٢٧٠. الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص١٥١.

(٥) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٣١٢-٣١٣. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٤٥.

(٦) الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٢٦٥-٢٦٩. الشّوكاني، السّيل الجرار، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٢٩٦-٢٩٨، تكملة الروض النظير، الطبعة الثانية (ج٣)، مكتبة اليمن الكبرى، اليمن، ١٩٨٥، ص٣٨٥.

الشرط الأول : أن يقع الرُّجوع مع بقاء الواهِب والموهوب له ، فلو ماتا أو أحدهما لم يصح الرجوع فيها، ولو وهب لاثنين، ثم مات أحدهما صحّ الرجوع في حق الحي.

الشرط الثاني: أن يقع الرجوع في عين لا دين، فلو كان الموهوب ديناً لم يصح الرُّجوع؛ لانّ هبته إسقاط، ولا بدّ فيه من القبول، إلا أن تكون هبة الدين بعوض ولم يحصل فله الرُّجوع.

الشرط الثالث: أن تكون العين الموهوبة باقيةِ حين الرجوع، لم تستهلك حساً أو حكماً، فلو أستهلكت حساً كالإتلاف، أو حكماً كالبيع والهِبة وغيرهما لم يصح الرُّجوع، وأمّا النقص كالذبح وقطع الشجرة، وتقطيع الثوب والهزال، فإنّه يصح الرجوع ولايمنعه، وان كان استهلاكاً في البيع فهو هنا مجرد نقص مالم يفصل الشجر بعد القطع، أو يقطع اللحم فلا رجوع.

الشرط الرّابع: أن لاتكون العين قد زادت في يد المتهب زيادة متصلة كنمو الزرع أو الشجر، أو كبر الحيوان أو سِمنه. ولو نقص من بعد فإنّه يمنع من الرجوع؛ لأنّه يمكن التمييز بين ا لزائد والمزيد، ولأنّ الناقص هو تلك الزيادة، فإن كانت الزيادة في بعض دون بعض صحّ الرجوع في الذي لم يزد، وأمّا الزيادة المنفصلة كالولد والصوف والثمار ونحوها، فإنها لاتمنع الرُّجوع وهي للمتهب، وتبقى للصلاح بلا أجرة، فان كانت الزيادة كالشجر في الأرضِ فلا تمنع الرجوع في الأصل، وكذا زيادة المعاني في الأصل لاتمنع الرُّجوع، كالبرء من المرض، أو مِن العمى، أو من الجراح، وكالصنعة، وتعليم القرآن، وحرث الأرض، وزيادة السِّعر.

الشرط الخامس : أن لاتكون الهِبة قد وهبت للّه تعالى لفظاً أو نيّةً، ولو لفاسق لا لأجل فسقه، فأمّا لو كان على وجه القربة، نحو أن يقول : وهبتك هذا لله تعالى ويقبل لم يصحّ الرُّجوع فيها، وسواء كانت لذي رحم أو لأجنبي؛ لأنها كالصدقة.

الشرط السادس: أن لا يكون الموهوب له ذا رحم محرم نسباً لارضاعاً، ولو كان كافراً أو فاسقاً، كالآباء وإن علوا، والأبناء وان سفلوا أو من يليه بدرجة كابن العم والعمّة وإبني الخال والخالة، فإذا كانت الهِبة بغير عوض لذي رحم محرم أو من يليهم بدرجة، لم يصحّ الرُّجوع، فيها سواءً كانت لله أم لا إلا أن يريد العوض، مالم يحصل فله الرجوع إلا الأب فله الرُّجوع في هبته لطفله إذا لم يحصل مانع من الموانع

السابقة. أمّا لو لم يكن طفلاً، بل كان بالغاً ولو مجنوناً أصلياً أو طارئاً لم يصح للأب الرُّجوع فيما وهب له، وفي رأي آخر يصح الرُّجوع في الكبير والصغير، وفي صحة رجوع الأم فيما وهبته لولدها الصغير خلاف بين العُلماء : المختار أنّه لايثبت لها الرجوع فيما وهبته لولدها الصغير، وإنّما هو مخصوص بالأب، وفي رأي أنّ لها الرُّجوع كالأب.

* القول الثامن: قالوا ليس للواهب الرُّجوع في هبته (بعد القبول في هبة غير الأب، وبعد القبول والقبض في هبة الأب لولدة على المختار) إلا للوالد فيما يهب لولده فله الرُّجوع قضاءً وديانةً، إلا إذا عنى الوالد في هبته لولده الأجر والثواب من الله فلا يجوز ديانةً فحسب، ويجوز قضاءً، وكذلك إذا أحدث الولد فيها أمراً من بيع أو هبة أو نحو ذلك لم يصح للوالد الرجوع، وهذا قول جمهور الإباضية، وهو المختار عِندهم[1].

* القول التّاسع: قالوا للواهِب الرُّجوع في هبته بعد الإقباض إلا إذا كان الموهوب له ذا رحم على المشهور[2]، وكذا إن كان أجنبياً وعوضه الواهب قليلاً كان العِوض أم كثيراً، حتى وان كان ببعض الهِبة[3]، وكذا إن قصد -أي الواهب- الأجر والثواب من الله تعالى؛ لأنها صدقة. وكذا إن تلفت العين أو أتلفها الموهوب له بفعله، وكذا إذا تصرف الموهوب له بالهِبة على رأي، وان لم يكن لازماً ... وهذا رأي الإمامية[4].

---

(١) إطفيّش، شرح النّيل وشفاء العليل، مصدر سابق، ج١٢ ص١٠٤.

(٢) ومقابل المشهور أنّ للواهب الرُّجوع في الهِبة لذوي الرّحم ما عدا الأولاد والوالدين، أنظر الكركي، جامع المقاصِد، مصدر سابق، ج٩ ص١٥٧.

(٣) قال بعض الإمامية: إن العوض هو ما يتفق عليه الواهب والموهوب له، أو مثل الهبة أو قيمتها مع الإطلاق (عدم التحديد، أنظر العاملي، الرّوضة البهية، مصدر سابق، ج٣ ص١٥٤.

(٤) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص ص١٥٧-١٦٠. الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج٣ ص٥٦٧. العاملي، الروضة البهيّة، مصدر سابق، ج٣ ص١٥٤.

المطلب الثالث: شروط رجوع الاب او احد الأصول عند من قال به من العُلماء.

اعلم أنّ من قال من العُلماء برجوع الأب أو أحد الأصول - على الخلاف بينهم في ذلك- هم المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والإباضية، ولذلك فإنّا سنبين شروط رجوع الأب والأصول كل حسب مذهبه.

أولاً: شروط رجوع الاب والام عند المالكية[1].

الشرط الأول: أن لاتفوت بيد الولد بأحد المفوتات المذكورة في كتاب البيع ، كبيع أو هبة أو عتق، أو تدبير، أو بجعل الدنانير حُلياً، أمّا حوالة الأسواق: وهي تَغيُّر الأسعار بغلو أو رخص مع بقاء الذات، فلا تمنع الرُّجوع على المشهور ؛ لأنّ الهِبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا تعلق له بها، ولا تأثير في صفتها، فلم تمنع الإعتصار (الرجوع) كنقلها من مكان إلى آخر.

وفي رأي عندهم: أن حوالة الأسواق تمنع الرُّجوع، وإذا قلنا بالقول الأول بأنّ حوالة الأسواق لاتمنع الرجوع فإنّ الذي يمنعها هو تغير ذات الموهوب بزيادة أو نقص حسيةً بكبر أو صغر، أو سمن أو هزال، أو معنوية كتعليم صنعة، ونحو ذلك، وعلى هذا فاذا فاتت الهبة بما ذكر فليس للوالدين أو الجدين عند من قال به منهم اعتصارها (الرجوع فيها).

وقال مطرف وابن الماجشون: زيادتها في عينها، ونقصها لاتمنع الرجوع.

الشرط الثاني:- أن لايتزوج الولد الموهوب له- أي يعقد - ذكراً كان أو أنثى، أو يستدين من أجلها ،فإذا فعل ذلك فليس للوالدين اعتصارها ،لأنّ الهِبة هي التي رغبت في زواجه و مداينته .

الشّرط الثالث: أن لا يريد بها الصِّلة والحنان، أوثواب الآخرة ،إلا أن يشترط الرجوع فيها.

---

(١) الشنقيطي، تبيين المسالك، مصدر سابق، ج٤ ص٢٩١. الدُّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص ص ١٥٢-١٥٤. الصّاوي، حَاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص ص١٥٢-١٥٤. الحطّاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٧-٢٨.
المواق، التاج والاكليل على مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٧-٢٨. الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٧ ص ص ١١٤-١١٥. الدُّسوقي، حاشية الدُّسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص ص ١١١-١١٢. عبد السّميع الأزهري، جواهر الاكليل شرح العلاّمة خليل، (ج٢) دار الفكر، بيروت، ص٢١٥.

الشّرط الرّابع: عدم حصول المرض المخوف للواهب أو الموهوب له، و ذلك في الواهب؛ لأنّ الاعتصار قد يكون لغيره، و في الموهوب له لتعلق حق ورثته بالهبة، إلا أنهّ إذا وهبه الوالد على هذه الحال بأن كان مريضاً أصلاً هو أو ولده، فإنّه لا يمنع الرجوع، و إذا زال المرض فله الرجوع على المختار؛ لأنّ المنعْ إنما كان لأنّ الظاهر أنه مرض موت، فإذا شفي من مرضه تبيّن الخطأ في ذلك، وأنّه مرض لا يموت فيه فعاد حق الرُجوع لزوال سبب منعه، وفي رأي مقابل للمختار: لارجوع له.

ثانياً: شروط رجوع الأب أو احد سائر الأصول عند الشّافعية[1].

قالوا إنّ شرط رجوع الأب بقاء الموهوب في سلطنة وولاية الموهوب له-وهو الولد- فما دام الموهوب ضمن الولاية كان للأب الحق في الرُّجوع، وإذا خرج من الولاية أو السلطنة لم يكن له الرجوع لأنّ فيه إبطالاً لغير ملك الابن، والحالات التي يكون فيها الشيء الموهوب باقياً في سلطنة وولاية الموهوب له هي: إذا أبق الموهوب، أو غصب، أو حجر على الابن للسفه فلا يمنع الرُّجوع؛ لأنّه لم يتعلق به حق الغير فيبقى ضمن السلطنة كذلك الهبة، والرهن قبل القبض لعدم لزومهما قبل ذلك فبقيا ضمن السلطنة، ولا يمنعان الرجوع أيضاً، كذلك بيع الموهوب بشرط الخيار قبل نهايته؛ لأنّ البيع لم يلزم فلم يخرج عن السّلطنة، أيضاً زراعة الأرض الموهوبة من قبل الواهب، وكذلك إجارة العقار الموهوب من قبل الواهب على المذهب؛ لأنّ العين باقية.

وكذلك تزويج الجارية الموهوبة، ولكنهم قالوا يستثنى من الرجوع مع بقاء السلطنة للواهب على الهبة في الحالات التي تقدمت، مالم يوجد مانع من الرُّجوع، كما لو جُنّ الأب فإنّه لايصح رجوعه حال جنونه، ولارجوع لوليه، لكن إذا أفاق كان له الرجوع.

(١) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٢. النّووي، روضة الطالبين، مصدر سابق،ج٥ ص٣٨٠. المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٨٥. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٢٩.

فرع[1].: وفي حالة بقاء الموهوب في سلطنة الموهوب له في الحالات المذكورة التي قدمناها قبل قليل، فالموهوب إمّا أن يكون باقياً على حاله لم يتغير، وإمّا أن يكون قد نقص أو زاد.

ففي حالة بقائه على حاله أو نقصانه فإنّ الوالد وغيره من الأصول – عند من يقول برجوعهم- لهم الرجوع وليس على الموهوب له (الولد) أرش النقص-غرامة النقص الحاصل في الهبة-. أمّا في حال زيادة الهِبة-الشيء الموهوب- فالزيادة لاتعدو حالتين، وهما:-

الحالة الأولى:-أن تكون الزيادة منفصلة، كالولد والكسب، فإنّ الواهِب يرجع في الأصل دون الزيادة، فالزيادة تكون للموهوب له.

الحالة الثانية:- أن تكون الزيادة متصلة بالشيء الموهوب، كالسِّمن وتعلُّم صنعة ونحو ذلك، فإنّه يرجع فيها مع الزيادة.

* وأمّا الحالات التي يكون فيها الموهوب خارجاً عن السلطنة، وهذه الحالات لارجوع فيها ولاقيمة على الموهوب له للواهب وأهم هذه الحالات مايلي[2].:-

١- زوال الملك بالبيع، أو الوقف، أو العتق، وكذلك بالهِبة والرهن بعد القبض وذلك لزوال السّلطنة في هذه الحالات، وأمّا لو باع أو وقف جزء من الموهوب مثلاً فله الرُّجوع بالباقي.

٢- إذا جنى الموهوب عند الموهوب له؛ وذلك لأنّ الموهوب له أصبح ملتزماً بأرش جناية الموهوب، فكأنه لم يوهب، حيث سيتكلف ما يساوي قيمة الهِبة أو أكثر.

٣- إذا أفلس الموهوب له، وحجر عليه على الأصح، وذلك لتعلق حقوق الغير به فخرج بذلك عن السّلطنة.

٤- إذا تلف الموهوب بأن احترق، أو ضاع، أو سرق، ونحو ذلك.

(١) النّووي، روضةالطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٢، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٣.

(٢) الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٢٧٤، النّووي، روضةالطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٠، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٢.

ثالثاً: شروط رجوع الأب والأم عند الحنابلة[1].

الشرط الأول: أن يكون ما وهبه الأب عيناً- لا ديناً- باقية في ملك الابن، فلا رجوع للأب في دينه على ولده بعد الإبراء منه؛ لأنّه إسقاط لاتمليك، وإن خرجت العين الموهوبة عن ملك الإبن ببيع، أو هبة أو وقف، أو نحو ذلك، كجعلها صداقاً لا مرأة أو عوضاً عن صلح ونحوه، فلا يملك الأب الرجوع فيها، لأنّ فيها إبطالاً لملك غير الولد، ولو عادت بسبب جديد لملك الابن ثانية، كبيع، ولو مع خيار، أو هبة، أو وصية، أو إرث ونحوه، كأن أخذها عوضاً عن أرش جناية أو قيمة متلف لم يملك الأب الرجوع فيها أيضاً؛ لأنها عادت الى الولد بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه، فلم يملك إزالته كما لو لم تكن موهوبة، وأمّا ان عادت العين للولد بعد بيعها كفسخ البيع بعيب فيها أو في الثمن أو عادت بإقالة، أو عادت بفسخ لفلس المشتري بالثمن، أو بفسخ خيار الشرط، أو المجلس في حالة بيعها، فإنّ الأب يملك الرُجوع في هذه الحالات المذكورة جميعها، وذلك لعود الملك بالسبب الأول، فكأنه ما انتقل وبه فارق العود ببيع أو هبة أو نحوهما، وهذا أحد الوجهين، والوجه الآخر لايملك الرجوع؛ لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه فأشبه مالو عاد إليه بهبة.

وكذلك لايمنع الرُجوع بقاءَها في تصرُف الابن، كنحو تدبير الولد العبد الموهوب له من والده، أو مكاتبته وذلك؛ لأنّ التدبير والكتابة لا يمنعان التّصرف في الرقبة بالبيع ونحوه، فلم يمنعا الرجوع كما لو زوجّه أو أجّره،

الشرط الثاني[2]: أن تكون العين باقية في تصرّف الولد، فإن تلفت العين فلا رجوع للأب في قيمتها، وإنْ رهن الابن العين التي وهبها له أبوه وأقبضها فكذلك، وإذا أفلس الابن وحجر عليه فكذلك لتعلق حق المرتهن والغرماء بالعين، وفي الرُجوع إبطال لذلك، فإنْ أفلس، ولم يحجر عليه ففيه روايتان:

---

(١) ابن قاسم، الإحكام شرح أصول الأحكام، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٣٩٦-٣٩٧. البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٣١٣-٣١٤. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٦٤.

(٢) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٣١٤-٣١٥. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٦٥.

وأمّا في حال زوال المانع، بأن عادت الهبة الى تصرف الابن بأن إنفك الحجر والرّهن فإنّ الوالد يملك الرجوع لزوال المانع، حيث عادت الهبة الى تصرف الإبن وبالجملة فان القاعدة في هذا الشرط أن كل تصرف لايمنع الابن من التصرف في الرّقبة، كالوصية، والهبة، والرهن قبل قبضهما، ونحو ذلك، لايمنع رجوع الوالد؛ لأنّه في هذه الأحوال للابن حق التصرف لبقائها على ملكه.

الشرط الثالث[1]: أن لا تزيد العين الموهوبة عند الولد زيادة متصلة تزيد قيمتها، كالسِّمن والكبر، والحمل، وتعلُّم صنعه، أو تعلُّم كتابة، أو قرآن؛ لأنّ الزيادة للموهوب له؛ لكونها نماء ملكه، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه، فلم يملك الرجوع فيها، كالمنفصلة، وامتناع الرجوع في الأصل (قبل الزيادة) لئلا يفضي إلى سوء المشاركة، وضرر التشقيص (التجزئة).

وفي رواية عند أحمد أن الزيادة المُتصلة لاتمنع الرجوع كالمنفصلة؛ لأنّها زيادة في الموهوب لم تمنع الرُّجوع، كالزيادة قبل القبض.

أمّا الزيادة المنفصلة فلا تمنع الرجوع للأب، كولد البهيمة، وثمرة الشجرة، وكسب العبد؛ لأنّ الرجوع في الأصل دون النماء، والزيادة المنفصلة للولد؛ لأنّها حادثة في ملكه، وإن كانت الزيادة ولد أمة، بأن حملت الأمة، وولدت عند الولد ويمتنع الرجوع في الأم لتحريم التفريق بين الأم وولدها، وإن وهبه الأب أمةً أو بهيمةً حاملاً فولدت في يد الابن، فالولد زيادة متصلة باعتبار الكبر، ومتنع الرجوع فيه أيضاً. وتلف بعض العين لايمنع الرُّجوع في الباقي فيها، وإن نقصت قيمتها، كذلك لا يمتنع الرجوع، أو أبق العبد الموهوب لم يمتنع الرجوع أيضاً لبقاء الملك، أو ارتد الولد الموهوب له لم يمنع الرجوع لبقاء الملك، ولا ضمان على الابن فيما تلف منها، لو كان التلف بفعله؛ لأنّه في ملكه، وان جنى العبد الموهوب للولد جنايةً يتعلق أرشها برقبته، فللأب الرجوع فيه لبقاء ملك ولده عليه، ويضمن الأب أرش الجناية لتعلقه برقبة العبد فيفديه ويسلّمه أو يبيعه فيها، فإن جنى العبد الموهوب للولد فرجع الأب فيه فأرش الجناية عليه للابن؛ لأنها زيادة منفصلة.

---

(١) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٣١٣-٣١٦. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص ١٥. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ص٢٦٦-٢٦٨.

رابعاً: شروط رجوع الوالدين والجدّين عند الظاهرية[١].

الشرط الأول:- أن لاتتغير الهبة (الشيء الموهوب) عند الولد حتى يسقط عنها الاسم، كأن كانت حباً فزرعت أو طحنت، أو مواداً فصنعت، فلا رجوع فيها.

الشرط الثاني:- أن لا تخرج عن ملك الولد ببيع، أو هبة، أو وقف، أو نحو ذلك.

الشرط الثالث:- اذا مات الولد فلا رجوع للوالدين.

الشرط الرّابع :- إذا صارت لايحل تملكها فلا رجوع أيضاً.

* الدليل لهذه الشروط: قال لأنهّا إذا تغيرت فهي غير ما جعل له النبي صلى الله عليه وسلّم الرُّجوع فيه، وإذا خرجت عن ملكه أو مات فلا رجوع له على من لم يجعل له النبي صلى الله عليه وسلم الرّجوع عليه، وإذا بطل تملكها فلا تملّك فيها أصلاً

المطلب الرّابع: الأدلة.

١) ادلة القول الأول:-

الدليل الأول[٢]:- قال صلى اللّه عليه وسلم « الواهِب أحقُّ بهبته مالم يثب فيها »[٣].

وجه الدلالة: يدل الحديث بصراحة على جواز رجوع الواهِب في هبته، إلا في حال تعويض الموهوب له عن هبته.

الدليل الثاني:- عن عبد اللّه بن عمرو بن العاص، قال: رسول اللّه صلى الله عليه وسلّم: « مثل الذي يسترد ما وهب كمثل الكلب الذي يقيء فيأكل قيئه، فإذا استرد الواهِب فليوقف فليعرف بما استرد ثم ليدفع إليه ما وهب »[٤].

(١) ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص١٣٦.

(٢) المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٧. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩١. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٨. الموصلي، الإختيار، مصدر سابق، ج٣ ص٥١.

(٣) سبق تخريجه ص ٧٠.

(٤) رواه أبو داود في سننه ج٣، مصدر سابق، ص٢٨٩ ، رقم الحديث ٣٥٤٠، كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج٦ ص١٨١، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة.

الدليل الثالث[1]:- قال صلى الله عليه وسلم: «إذا كانت الهبة لذي رحمٍ محرم منه لم يرجع فيها»[2].

الدليل الرّابع: الإجماع

فإنّه قد روي عن عُمر، وعثمان، وعلي، وعبد الله بن عمر، وابي الدرّداء، وفضالة بن عبيد وغيرهم أنّهم قالوا بصحة الرُّجوع في الهبة مالم يثب صاحبها منها، ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً[3].

الدليل الخامس: قالوا إنّ المقصود بالعقد-أي عقد الهبة-هو التعويض للعادة، فتثبت له- أي للواهب-ولاية الفسخ عند فوات التعويض إذ العقد يقبله[4].

ب) ادلة القول الثاني[5]:-

الدليل الأول: عن ابن عبّاس رضي الله عنهما أنّه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلّم: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»[6].

وفي رواية: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»

الدليل الثاني: قال صلى الله عليه وسلم «ليس لنا مثل السّوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه»[7].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص ص ١٣٢-١٣٣. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٥١٢-٥١٣. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص ٤٩، ٦٠، ٦١.

(٢) سبق تخريجه ص٦٩

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٨.

(٤) الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٧. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص ص ٥٣-٥٤.

(٥) الشنقيطي، تبيين المسالك، مصدر سابق، ج٤ ص ص٢٩٠- ٢٩١. أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل ومعه مواهب الجليل، الطبعة الأولى (ج٨)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ص ٢٤. الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٧ ص١١٤.

(٦) سبق تخريجه ص ٤٣.

(٧) رواه البخاري، في صحيحه، مصدر سابق، ج٣ ص٣٢٥، كتاب الهبات، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته. ورواه أيضاً النسائي، في السنن الكبرى، تحقيق عبد الغفار البنداري وسيد حسن، الطبعة الأولى (ج٤)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١، ص١٢٣، كتاب الهبة، باب إختلاف ألفاظ الناقلين لخبر ابن عباس، حديث رقم (٦٥٢٨)، (٦٥٢٩).

الدليل الثالث:- عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أنّهما قالا: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لايحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يرجع في قيئه »(١).

الدليل الرّابع: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ نبي الله صلى الله عليه وسلّم قال:« لايرجع أحدكم في هبته إلا الوالد من ولده »(٢).

وجه الدلالة: من جميع الآحاديث السابقة: واضح أنّ هذه الآحاديث صريحة في منع وتحريم الرجوع في الهبة بعد اللُّزوم إلا للوالد فيما يهب لولده، ودليل التحريم في هذه الآحاديث وهو التبشيع لحال العائد في هبته والتعنيف عليه، ووصفه بأقبح مخلوق، وهو الكلب في أخس أحواله ذلك عند قيئه ما أكل ثم العودة فيه، بعدما أنتن وخبث.

قلت: والوالد عند هؤلاء -أي المالكية- يشمل الأب والأم فقط، ولايشمل غيرهما من الأصول، وذلك لأنّ الأم داخلة في عموم لفظ الوالد، ولفظ الوالد فيما يبدو من

---

(١) أخرجه الترمذي، في سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣٨٤، كتاب الولاء والهبة، باب ماجاء في كراهية الرجوع في الهبة، حديث رقم (٢١٣٢). وأخرجه أيضاً في كتاب البيوع، باب كراهية الرجوع في الهبة، وقال عنه حديث حسن صحيح، كما أورد في كتاب الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة حديثاً عن ابن عمر فحسب بنحو ما تقدم وقال عنه أيضاً أنه حسن صحيح. وأخرجه أيضاً أبو داود في سننه، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٩، كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة، حديث رقم (٣٥٣٩). كما أخرجه أيضاً ابن ماجة، في سننه، تحقيق خليل مأمور شيحا، الطبعة الأولى (ج٣)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٦، ص١٢٦، كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، حديث رقم(٢٣٧٧).

قال الألباني، في صحيح سنن الترمذي، الطبعة الأولى (ج٢)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨، ص٢٢١، كتاب الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، قال عن حديث ابن عمر وابن عباس بأنه حديث صحيح وكذلك قال عن حديث ابن عمر الوارد بنحو حديثهما.

(٢) ابن ماجه، سنن ابن ماجة، مصدر سابق، ج٣ ص١٢٧، كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، حديث رقم (٢٣٧٨). قال الألباني في صحيح سنن ابن ماجه، مصدر سابق، ج٢ ص٤٥، قال عنه حديث حسن صحيح، كما رواه النسائي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج٤ ص١٢١، كتاب الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، رقم الحديث (٦٥١٦)، ونص هذا الحديث عند النسائي «لا يرجع أحدٌ فيِ هبته إلا والدٌ من ولده، والعائد في هبته كالعائد في قيئه»

بعض الأحاديث النبوية يقصد به الأب والأم فقط دون غيرهما[1]. كما أن لفظ الوالد وان كان مذكراً وهذا لايعني خروج الأم؛ لأنّ خطابات الشارع الحكيم جلّها بلفظ التذكير تغليباً، والمقصود فيها الذكور والإناث على السّواء، ومن ذلك قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً ...﴾[2] فالمقصود الذكور والاناث قطعاً.

ج) ادلة القول الثالث:

أولاً: استدلّ أصحاب هذا القول بعين الأدلة التي استدلّ بها أصحاب القول الثاني ولكنهم قالوا إنّ المراد بلفظ الوالد في هذه الآحاديث ليس الأب وحده أو الأب والأم فقط بل المراد كل من له ولادة من جهتي الأب أو الأم، وهذا يشمل سائر الأصول من الجهتين حملاً للفظ على مجازه، لا على حقيقته، حيث يطلق على الجد وان علا لفظ أب أو والد مجازاً لا حقيقة[3].

ثانياً:- ويمكن أن يستدلّ لأصحاب هذا القول بأنّ المعنى الذي لأجله أُبيح للأب الرُّجوع في هبته لولده دون غيره، هو لكمال شفقته، ووفور محبته، فإنّه لايرجع إلا لحاجته أو لمصلحة الولد، وهذا المعنى موجود في الجدّوان علا؛ لأن حنانه وشفقته تماثل شفقة الأب الأقرب، بل قد تزيد أحياناً، لأجل هذا لابدّ أن يكون حكمه حكم الأب الأقرب في جواز الرُّجوع في هبته له.

د) ادلة القول الرابع:-

أولاً:- استدل أصحاب هذا القول بعين الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الثاني كذلك، ولكنهم قالوا: إنّ المراد بلفظ الوالد في تلك الآحاديث هو الأب الأقرب فقط دون غيره من الأصول، وذلك حملاً للفظ على حقيقته[4].

---

(١) من هذه الأحاديث قوله صلّى الله عليه وسلم: «رحم الله والداً أعان ولده على بِرّه».
فوجه الاستدلال من هذا الحديث أن المراد بلفظ الوالد الأم كذلك دون سائر الاصول هو أن برّها واجب أشد من وجوب بر الأب، كما أنها مطالبة مثلها مثل الأب في التسهيل على الولد لتمكينه من برها.

(٢) سورة الاحزاب، آية ٧٠.

(٣) البيجرمي، حاشيةالبيجرمي، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٦٤٥-٦٤٦، المطيعي، تكملةالمجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج١٥ ص ص ٣٨١-٣٨٢. الرّملي، نهايةالمحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ٤١٦. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٢٧٢.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ٢٦١، ٢٦٢، ٢٧٧، ٢٧٨. البهوتي، كشّافالقناع، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٣١٢-٣١٣، ابن قاسم، الإحكام شرح أصول الأحكام، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩٦. الرّملي، نهايةالمحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص٤١٧. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٢٧٢.

ثانياً:- استدلُ الحنابلة[١] بخاصةٍ - ممن قالوا بهذا الرأي - على أن الأب هو وحده من يحق له الرُجوع دون الأم وغيرها، بحديث عائشة وغيرها قالت قال: رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم «إنّ أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه»[٢] وفي لفظ «ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم هنيئاً»

قلتُ: وجه الدلالة من هذا الحديث على جواز رجوع الأب فيما وهب لابنه هو أنه أبيح له -أي للأب- أن يأكل من كسب ابنه الخالص، فمن باب أولى أن يرجع فيما وهب له من ماله هو بعد ما أصبح مالاً للولد؛ ذلك لأنّه ماله أصلاً، ثم هو مال ابنه أيضاً الذي أبيح له أن يأكل من ماله، وإن لم يكن موهوباً من قبله؛ لأنّه من أطيب ما يؤكل بنص هذا الحديث .

أمّا وجه الدلالة من هذا الحديث على كون الأب وحده دون الأم وسائر الأصول هو من يباح له الرُجوع أن الحديث ورد بلفظ الرجل، وهو يدل على الأب فقط دون الأم وغيرها، كما أنّهم قالوا: إنّ للأب أن يأخذ من مال إبنه دون الأم بنص الحديث المتقدم، فكان له الرجوع دونها[٣].

---

(١) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ٢٦٣.

(٢) رواه النّسائي، السنن الكبرى بشرح جلال الدين السيوطي، صححه ورقمه عبد الفتاح أبو غدة الطبعة الثالثة ج٧، مكتب المطبوعات الاسلامية، حلب، ١٩٩٤، ص٢٤١، كتاب البيوع، باب الحث على الكسب، كما رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجة، مصدر سابق، كتاب التجارات، باب الحث على المكاسب، رقم الحديث (٢١٣٧)، ورواه أيضاً البيهقي، السنن الكبرى مع الجوهر النقي، مصدر سابق، ج٧ ص٤٨٠، كتاب النفقات، باب نفقة الأبوين.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٦٣.

هـ- ادلة القول الخامس:

الدليل الأول[١]:- قال تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[٢]

وقال تعالى ايضاً: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾[٣] قلتُ: هذان النصّان الكريمان يوجبان الوفاءبالعقود -أي بعد لزومها- والمحافظة على عدم إبطال الأعمال، والرجوع في الهبة لغير من أُستثني، وهما الوالدان، وغيرهما من الأجداد يعد إبطالاً للعمل، وعدم ايفاء بالعقود.

الدليل الثاني:- استدلوا بعين الأدلة التي لا تجيز الرجوع إلا للوالد التي سبق ذكرها في أدلة الرأي الثاني[٤].

وجه الدلالة: قلتُ أمّا الاستدلال من هذه الآحاديث على كون الأم داخلة في الرُّجوع مع الأب في هبتها لاولادها فهو ما قدمناه في وجه الدلالة للقول الثاني الذي مرّ بك، وهو أنّ الأم داخلة في عموم لفظ الوالد، بجامع أنّ لكل ولادة، كما أن بعض الأحاديث قد صرّحت بذلك، وإليك هذا الحديث الذي يقول فيه صلى الله عليه وسلم «لا يجزي ولد والده حتى يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه»[٥] وسبب هذا الحديث أومناسبته أنّ رجلاً أتى النبي يشتكي سوء خلق أمه، وقال إنّي أحسن إليها وتسيء إليّ، وذكر من بره لها أنه قد حج بها، فردّ عليه رسول الله بالحديث الآنف الذِكر والذي يتضح فيه أن الأم تدخل في لفظ الوالد، وإلاّ لقال لا تجزي أمك، أو نحو ذلك من الألفاظ.

---

(١) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص١٣٤.

(٢) المائدة، آية (١).

(٣) محمد، آية (٣٣)

(٤) أنظر هذه الأدلة عند ابن حزم، المحلى، مصدر سابق ج٩ ص ص ١٣٤-١٣٥. الشنقيطي، تبيين المسالك، مصدر سابق، ج٤ ص ص٢٩٠-٢٩١. المواق، التاج والاكليل على مواهب الجليل، مصدر سابق.

(٥) أخرجه مُسلم، صحيح مُسلم بشرح النووي، (ج ١٠) دار الكتب العلمية، بيروت، كتاب العتق، باب فضل عتق الوالد، حديث رقم (١٥١٠).

الدليل الثالث:- وقد استدل مالك وأصحابه على دخول الجدين أيضاً في جواز الرُّجوع مع الأب والأم: بأن الجدّ أولى بالأبوة، ويقدم في الميراث على الأخوة[١].

الدليل الرابع:- واستدل ابن حزم الظاهري على دخول الجدين أيضاً مع الأب والأم بقوله تعالى: ﴿يا بني آدم لا يفتنكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة﴾ [٢] وقال: إن الله سبحانه وتعالى جعل البشر ابناءً لآدم، فكان هو أباهم وهو لم يلدهم حقيقة ولكنه جعله كذلك بطريق المجاز[٣].

و) دليل القول السادس[٤]:- استدلوا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم: «العائد في هبته كالعائد في قيئه» وفي رواية «كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»[٥].

ز) ادلة القول السابع:-

الدليل الأول:- عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الواهِب أحق بهبته مالم يثب منها»[٦].

الدليل الثاني: ما أخرجه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة عنه صلى الله عليه وسلم أنّه قال: «إذا كانت الهِبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها»[٧].

وجه الدلالة: يدل هذا الحديث بمفهومه على أنّه إذا لم تكن الهِبة لذي رحم فإنّه يجوز الرُّجوع فيها.

ح) أدلة القول الثامن: استدلوا ببعض الأحاديث التي تمنع الرُّجوع إلا للأب والتي بينّاها سابقاً[٨].

---

(١) الكاندهلوي، أوجزالمسالك، مصدر سابق، ج١٢ ص٢٧٠.

(٢) الأعراف، آية (٢٧).

(٣) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص١٣٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٦١. البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣١٢. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٤٥.

(٥) سبق تخريجه ص، ٤٣.

(٦) سبق تخريجه ص، ٧٠.

(٧) سبق تخريجه ص، ٦٩

(٨) أنظر ذلك في شرح النيل وشفا العليل، مصدر سابق، ج١٢ ص١٤.

ط) ادلة الراي التاسع:

الدليل الأول: قال الصّادق: «إذا عُوِّض صاحب الهِبة فليس له أن يرجع»

وجه الدلالة: إنّ منع الرُّجوع مقيد في حال التعويض، وإطلاق التعويض يدل على عدم الفرق بين القليل والكثير منه، فيكون المعنى ما يطلق عليه إسم عوض، ثم إنّه في حال عدم التعويض يبقى الحق للواهِب في الرُّجوع، وذلك بعد انتفاء التعويض.

الدليل الثاني: قال الصادق أيضاً: «ولا ينبغي لمن أعطى لله عز وجل شيئاً أن يرجع فيه».

وجه الدلالة: أن الهِبة إذا قصد بها ثواب اللّه تعالى تكون صدقة حينئذٍ، ولا يجوز الرُّجوع فيها للواهِب.

الدليل الثالث: قال الصّادق: «إذا كانت الهِبة بعينها فله أن يرجع، وإلا فليس له».

وجه الدلالة:- تدل هذه الرواية على أن تلف العين وكذا اتلافها يعدُّ مانعاً من الرُّجوع في الهِبة.

المطلب الخامِس : المناقشة

اولاً: مناقشة ادلة الحنفية

١- أمّا الدليل الأول وهو قوله صلى اللّه عليه وسلم: «الواهب أحق بهبته . . . الخ». فيرد عليه النسخ بالأحاديث التي تمنع الرجوع إلا للوالد. كما أنّ الحديث ضعيف والأصح وقفه على عمر، وليس بقول للرسول صلى اللّه عليه وسلّم، ثم هو لا ينهضُ لضعفه لمعارضة الأحاديث الصحيحة الواردة في الموضوع، ولو فرضنا جدلاً صحته فإنّ المقصود به أنّ الواهِب أحق بهبته إذا اشترط على الموهوب له العوض من بداية العقد، فيكون عندها أحق بهبته إن لم يعوضه الموهوب له ما اشترط.

٢- ويجاب عن حديث عبد اللّه بن عمرو بن العاص بانه مخالف للأحاديث الصحيحة الواردة في الموضوع ويرد عليه كذلك النسخ.

٣- أمّا حديث الحاكم: قال صلى الله عليه وسلم: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم . . .الخ» فعلى الرّغم من تصحيح الحاكم له إلا أنّه حديث منكر ضعفه أهل العلم، كالزيلعي، والألباني وغيرهم، كما عرفت في تخريجه في موضعه[١]، وتصحيحات الحاكم مسلَّم بين العُلماء أنها غير دقيقة لتساهلِه في هذا المجال، ثم وعلى فرْض التسليم بصحته يقال فيه: إنّه حديث عام وقد ورد ما يخصصه، وهي الأحاديث التي منعت الرجوع إلا للوالد. فالوالد وغيره من الأصول -على الخلاف في ذلك- مستثنون من عموم هذا الحديث لورود الأدلة الصحيحة باستثنائهم.

٤- ويجاب على إدّعائهم الإجماع على ما قالوا بأنْ قولهم هذا مردود لوقوع الخلاف من ابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهما، وهما راويا الأحاديث التي استدل بها المانعون من الرجوع، ثم إنّهم قد خالفوا أخبار من ذكروا من الصحابة كعمر وفضالة بن عبيد وأبي الدّرداء بتخصيص ما وهبه أحد الزوجين لصاحبه، ولهذا قال ابن حزم رحمه الله رداً عليهم: «فإن كانت أقوال من تقدم من الصحابة إجماعاً فقد خالفوا الإجماع، وإن كانت حجة حق لا يجوز خلافها، فقد خالفوا حجة الحق التي لا يجوز خلافها، وإنْ لم تكن حجة ولا إجماعاً فالإيهام بايرادها لا يجوز»[٢].

٥- أمّا دليلهم مِن المعقول، وهو قولهم إنْ المقصود بالهِبة التعويض للعادة . . . الخ) فنقول لا يسلم به مطلقاً؛ لأنّ موضوع الهِبة التبرع وهو بذل المال بدون عوض من غير إيجاب، ولو كان مقصود الهِبة العوض كما يقولون، لأصبحت بيعاً ومعاوضة، ولا يصح أن تسمى هِبة، والصحيح أن العوض لا يجب حتى إذا فات كان للواهب الرجوع لفواته، بل أنه يستحب لقول عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم كان يقبل الهدية ويكافئ عليها[٣]، وقوله صلى الله عليه وسلم: «من صنع إليه معروف فليجزه، فإن لم يجد ما يجزه، فليثن

---

(١) أنظر ص ٦٩

(٢) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص١٣٣.

(٣) رواه البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، ج٣ ص٣١٢، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة.

عليه، فإنّه إذا أثنى عليه فقد شكره وإن كتمه، فقد كفره . . .»[1]، وغيرها من الأحاديث المشابهة والتي تبيّن استحباب المكافأة على الهبة من غير إيجاب. ثم يقال لهم أن الهبة شرعت لحفظ أواصر المحبة والمودة بين الناس، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: «تهادوا تحابوا»[2] فجعل المحبة ثمرة للهبة، فلو كان المقصود منها العوض، كما يقولون، لأصبحت معاوضة كالبيع، ومعلوم أن التبايع والمعاوضات التي تتم بين الناس ليس من شأنها تحصيل المودة والألفة كما هو واضح.

ثانياً: مناقشة أصحاب القول الثاني:

ناقش الحنفية الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول، والتي تمنع الرجوع إلا للأب أو غيره من الأصول -على الخلاف في ذلك- فقالوا: أمّا بالنسبة لقوله صلى الله عليه وسلم: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه» فالمراد منه التشبيه من حيث إنّه ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة؛ لأن الرسول صلى الله عليه وسلّم شبه فعل الواهب بالرجوع بفعل الكلب، وفعل الكلب -بالعودة في قيئه- لا يوصف بالحرمة الشرعية، ولكنّه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا[3].

أقول: إنّ الحنفية قالوا بأن الرُّجوع مكروه شرعاً، واختلفوا في ماهية هذه الكراهة فمن قائل بأنّها كراهة تحريم، ومن قائل إنّها كراهة تنزيه[4]، فكيف مع هذا يقولون بأن المراد من التشبيه بالكلب بيان أن الرجوع ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة.

وأمّا الأحاديث الثالث والرّابع والتي تمنع الرُّجوع في الهبة إلا للوالد فيما يهب ولده. فقد أجابوا عليها فقالوا: إنّ المراد بنفي الحل في الرجوع لغير الوالد فيما يهب لولده أنّه محمول على نفي الاستبداد بالرُّجوع بغير قضاء ولا رضاء إلا

(١) أخرجه البخاري، الأدب المفرد، مصدر سابق، ص٥٥، باب من صنع إليه معروف فليكافئه، حديث رقم (٢١٥) و (٢١٦).

(٢) سبق تخريجه ص، ٢٣.

(٣) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٤.

(٤) أنظر إختلافهم في حكمها في ابن نجيم، البحرالرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٠. الحصكفي، الدرالمختار، مصدر سابق، ج٨ ص٥٠٤. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٧.

للوالد، فيجوز له أن يأخذ ما وهب لابنه من غير رضاء أو قضاء إذا إحتاج إليه للانفاق على نفسه، وهذا يُسمّى رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم[١].

وأقول رداً على هذا التأويل البعيد: إنّه تأويل مناقض بالكلية لمعنى الحديث ودلالته الواضحة، ولو كان المعنى ما ذكَروا لوضحه النبي صلى الله عليه وسلّم بصورة غير تلك التي ورد بها.

كما أجاب الزيدية والقائلون بقول يشابه قول الحنفية في صحة الرجوع في الهِبة، أجابوا على حديث «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هِبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ....» وغيره من الأحاديث المشابهة، بأنها -أي هذه الأحاديث- محمولة على ما لم يقصد به عوض جمعاً بين الأدلة[٢].

قلتُ: وهذا جواب مُناف لمذهبهم حيث إنهم قالوا إنّه في حال كون الهِبة لغير عوض لا يجوز للوالد والوالدة الرجوع في هبتهم لابنهم الكبير[٣]، مع أن الحديث «لا يحل لرجل ... أباح للوالد الرجوع في حال عدم قصد العِوض.

* ويناقش أصحاب هذا القول باقتصارهم على الأب والأم في جواز الرُّجوع دون سائر الأصول، بأنّ مؤدّى قولكم باشراك الأم مع الأب يدل على أنكم أخذتم بالمعنى المجازي لكلمة الوالد، والمعنى المجازي لا يقتصر على ما قلتم، ولكنه يتعدى ليشمل سائر الاصول من الجهتين جهة الأب وجهة الأم.

ثالثاً: مناقشة القول الثالث:-

عرفنا نقاش الحنفية لأدلة الرأي الثاني، والتي استدل بها أيضاً أصحاب هذا القول وأصحاب هذا الرأي أخذوا بالمعنى المجازي للفظ الوالد واعتبروا الاجداد من الجهتين وإنْ علوا داخلون في لفظ الوالد مجازاً، وهذا الرأي في نظري أقوى الآراء وسيأتي أسباب ترجيحي له في موضعه.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٨. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٢. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٧.

(٢) ، تتمة الروض النضير، مصدر سابق، ج٣ ص٣٨٥.

(٣) الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق ج٣ ص٢٦٩.

رابعاً: مناقشة القول الرّابع:-

فبالإضافة لما عرفنا من مناقشة الحنفية لأدلة القول الثاني والثالث والتي قال بها أصحاب هذا القول أيضاً، فإنّ ما استدل به جمهور الحنابلة من القائلين بهذا الرأي، وهو حديث أنس: «أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه» وقولهم إنّ للأب أن يأخذ من مال ولده، وليس ذلك للأم؛ لأن الحديث بلفظ الرجل وهو يفيد الإقتصار على الأب دون الأم وغيرها من الأصول.

أقول لهم: إنّ لهذا الحديث رواية أخرى نصها «إنّ أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم»[1]، فهذه الرواية تدل دلالة صريحة على تناول الأم أيضاً وغيرها من الأصول وعدم الإقتصار على الأب؛ لأنّه قال وإنّ أولادكم، وهذا يشمل الاثنين معاً الأب والأم على أقل تعديل، كما أن اطلاق التذكير فيما استدلوا من روايات هذا الحديث للتغليب لأن أغلب صيغ الخطاب للناس ذكوراً وإناثاً جاءت بصيغة التذكير، فهل يقال بأن تلك الأحكام مختصه بالرجال دون النّساء؟!.

خامساً: مناقشة القول الخامس

أمّا أصحاب هذا القول الذين قصروا لفظ الوالد على الأب والأم والجدّين فقط دون أب الجد وان علا، فيقال لهم: بأنّ قولكم ناقص؛ لأنكم استدللتم على إلحاق الجدّين بقول الله تعالى: ﴿يا بني آدم لا يفتنكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة﴾ [2] وهذه الآية تدل على أن سائر الاصول من الجهتين وان علوا يدخلون في لفظ الوالد واقتصاركم على الجدين فقط دون آباء الأجداد وان علوا محض تحكم.

سادساً: مناقشة القول السّادس

إن هذا القول لم يقل به إلا أحمد في إحدى الروايات عنه، وهو قول ضعيف واه، لأنّه استدل بالعمومات التي خصصتها أدلة أخرى صحيحة، ومعلوم النص يعمل بعمومه إلا إذا وجد ما يخصصه وعلى هذا فما دام أنّه قد ثبت ما يخصص الرجوع بالوالد فقط فالقول بالعموم قول لا محل له.

---

(١) سبق تخريجه، ص٨٥.

(٢) الأعراف، آية (٢٧).

سابعاً: مناقشة القول السّابع

قد بينا أوجه الطعن التي وجهت للحديث الذي استدلوا به «الواهب أحق بهبته مالم يثب منها» وكذلك الحديث الذي رواه الحاكم وغيره «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها» وذلك في مناقشتنا للأحناف الذين استدلوا بهذه الأحاديث على مذهبهم.

أقول: ويؤخذ على أصحاب هذا القول شرط الرجوع السّادس، وهو عندهم ألا يكون الموهوب له ذا رحمٍ محرم نسباً لا رضاعاً، أو من يليه بدرجة كابن العم والعّمة. وهذا الكلام لا دليل عليه؛ لأنّ الحديث الذي استدلوا به على فرض التسليم بصحته ذكر ذوي الرحم المحرم وابناء العمومة والخئولة الذين أدخلوهم في منع الرُّجوع ليسوا من ذوي الرحم المحرم.

ثم أنهم قالوا يستثنى من ذوي الرّحم المحرم الذين لا يصح الرجوع في الهبة لهم، الابن الصغير بخلاف الكبير، فإذا كانوا لم يأخذوا بالآحاديث الصحيحة التي لا تبيح الرجوع إلا للوالد، وقد أولوها بتأويلات شتى[1]، فمن أين لهم بدليل استثنوا من خلاله الابن الصغير من عدم الرجوع في الهبة له؟، وكذلك استثناؤهم الأم وقولهم بصحة رجوعها فيما وهبت لولدها الصغير؟ الجواب على هذا السؤال لا يعدو أمرين: أمّا أنهم استدلوا بهذه الآحاديث التي استدل بها المانعون من الرجوع إلا للأب أو لاحد الأصول على الخلاف بينهم في ذلك، وأمّا أنهم لم يستدلوا بهذه الأحاديث وعلى الافتراض الأول فإنهم يكونون بقولهم هذا قد عملوا بجزء من الحديث وتركوا باقيه، فقد عملوا بالجزء الذي يستثنى الأب في جواز الرجوع في هبته لولده، واغفلوا الجزء الذي يمنع الرجوع بالكلية إلا للأب، وقولهم بأن الرجوع في الهبة يصح يبين أنهم لم يعملوا بهذا الجزء من الحديث.

وعلى الافتراض الثاني بأنّهم لم يستدلوا بهذه الأحاديث فحيث إنّهم لم يذكروا دليلاً مقنعاً من كتاب اللّه أو سنة رسوله صلى اللّه عليه وسلم يدل على قولهم إذن يكون قولهم هذا قولاً لا دليل عليه.

---

(١) من هذه التأويلات قولهم إنّ هذه الأحاديث –أي التي استدل بها المانعون للرجوع إلا للأب تحمل على مالم يُراد عوض جمعاً بين الأدلة، كما قالوا إنّ المراد من التشديد في التشبيه بالكلب هو فيما كان على وجه القربة – الصدقة فقط لا ما كان على وجه الهبة والهدية وتأويلهم هذا باطل لأنّ الأحاديث وردت بلفظ الهبة في بعضها وبلفظ الصدقة في بعضها الآخر فهي تمنع الرجوع في النوعين معاً. أنظر ، تتمة الروض النّظير، مصدر سابق، ج٣ ص٣٨٥.

ثامناً: مناقشة القول الثامن

قلنا إنهم استدلوا ببعض الأحاديث التي تنهى عن الرجوع لغير الوالد، وعرفنا كيف ناقشها العلماء المخالفون لذلك، وما يؤخذ على أصحاب هذا القول إنّهم لم يحددوا المراد بالوالد، ولم يبينوا فيما إذا كان غير الأب يدخل في مسمى الأب في جواز الرُّجوع.

تاسعاً: مناقشة القول التّاسع

هذا القول، وهو قول الإمامية، استدل بأقوال الصادق وغيره واعتبرها حجة على الشّرع، ومعلوم أن العُلماء مختلفون في اعتبار قول الصحابة الكرام عليهم الرحمة والرضوان حجة شرعية، فكيف بأقوال من هم دونهم في الفضل والمنزلة والعلم؟، والحق أن لا ينظر إلى قول أحد إن لم يكن مستنده كتاب اللّه أو سنة رسوله صلى اللّه عليه وسلم أو أحد الأدلة الشرعية المعتبرة والمقررة في علم الأصول.

المطلب السادس: الترجيح

وبإجالة النظر في الآراء المتقدمة فإنّ ما يرتاح إليه القلب، وتطمئن له النفس، هو القول المشهور عند الشافعية، والذي ينص على عدم جواز الرجوع في الهِبة بعد القبض إلا للأب أو لأحد سائر الأصول، من جهتي الأب والأم وإن علوا.

وأسباب ترجيحي لهذا القول تعود لما يلي:-

اولاً صحة أدلته وقوتها، وخلوها من الاعتراضات ذات القيمة كما عرفت.

ثانياً: ضعف أدلة المخالفين من الذين أباحوا الرجوع، أو منعوه، وقصروه على بعض الأصول.

ثالثاً: إنّ الحكمة التي لأجلها أُبيح للوالد (الأب) الرُّجوع هي وفور محبته وكمال شفقته، فإنه لا يرجع إلا لحاجته أو لمصلحة الولد، وهذه الحكمة عينها موجودة في الأم والاجداد من جهتي الأب والأم وإن علوا، بل أنهم قد يزيدون في شفقتهم وحبهم لولد ولدهم على أبيهم وأمهم الأقربين. لذا كان لهم الحق كالأبوين في الرجوع فيما وهبوا لولد ولدهم وإن نزل.

رابعاً: إنّ لفظ الوالد لا يقتصر على الأب، بل يشمل كل من كانوا سبباً في ولادته، وهذا يشمل الأجداد وإن علوا، ثم لو كان مراد الرسول صلى الله عليه وسلم قصر الرُّجوع على الأب وحده أو الأم كذلك لقال (إلا الأب)، ولكن ليس في الأحاديث الواردة في موضوع رجوع الوالد حديثٌ واحدٌ بلفظ الأب، ولكنها جميعاً كانت بلفظ الوالد، مما يدل على أنّه صلى الله عليه وسلّم أراد شمول كل من له ولادة قريبة أو بعيدة.

المطلب السابع: رأي القانون المدني الأردني في حكم الرُّجوع في الهِبة والهدية فقط دون الصّدقة.

قلنا إنّ القانون المدني أخذ برأي الأحناف في اعتبار القبض شرط ملك لا شرط لزوم، وقد قالوا -أي الحنفية- إنّ للواهب الحق في الرُّجوع في الهِبة قبل القبض لعدم تمامها وملكها، وهذا ما نصّ عليه القانون المدني الأردني في الفقرة (١) من المادة (٥٧٦) والتي نصها «للواهِب أن يرجع في الهِبة قبل القبض دون رضا الموهوب له».

أمّا الرجوع بعد القبض: أجاز القانون المدني الأردني الرجوع بعد القبض برضى الموهوب له، أمّا إذا لم يرض الموهوب له بالرجوع جاز للواهِب الطلب إلى الحاكم «القاضي» فسخ الهِبة والرُّجوع فيها، متى كان يستند إلى سبب مقبول مالم يوجد مانع من موانع الرُّجوع، وهذا ما جاء في الفقرة (٢) من المادة (٥٧٦) من القانون نفسه والتي نصُّها «وله -أي الواهب- أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له، فإن لم يقبل جاز للواهِب أن يطلب من القضاء فسخ الهِبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول مالم يوجد مانع من الرُّجوع.

* أمّا الأسباب التي اعتبرها القانون المدني مقبوله لفسخ الهِبة والرُّجوع فيها بعد القبض- مالم يوجد مانع من موانع الرجوع فهي مذكورة في المادة (٥٧٧) من القانون نفسه والتي نصها مايلي: «يعتبر سبباً مقبولاً لفسخ الهِبة والرجوع فيها»:-

١- أن يصبح الواهِب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته، أو أن يعجز عن الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

٢- أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً حتى تاريخ الرُّجوع، أو أن يكون له ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حيٌّ.

٣- إخلال الموهوب له بالتزاماته المشروطه في العقد دون مبرر أو إخلاله بما يجب عليه نحو الواهب أو أحد أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه. والذي يتبين لي: أنّ القانون بهذا يكون قد قيد الرُّجوع بالحالات المذكورة، وهذا خلاف رأي الحنفية الذين قالوا بجواز الرجوع مطلقاً مالم يوجد مانع من موانع الرُّجوع السَّبعة التي عرفتها. ثم إنّ هذا الرأي لم يقل به -على حسب ما أعلم- أي مذهب، بل أي عالم، ولا دليل عليه من كتاب أو سنه كما رأيت، وما يمكن قوله إنّ القانون في هذا الرأي قد أخذ بعض جوانب رأي الحنفية وخلطها بغيره مما ليس فيها، وحسب وجهة نظري المتواضعة كان على القانون إمّا أن يبيح الرُّجوع مطلقاً مالم يوجد مانع كما فعل الحنفية، وإمّا أن يمنعه مطلقاً إلا للوالد وغيره من الأصول كما فعل الجمهور، وذلك ليكون متوافقاً مع الأدلة الشرعية الواردة في هذا المجال، أمّا أن يخلط الآراء ببعضها خلطاً لا يستند إلى دليل صحيح فإن هذا يعد مثلبة، لا سيما أنّه قانون أُريد له أن يكون شرعياً مستمداً من فقهنا الزاهر[1].

واستكمالاً لرأي القانون في حكم الرُّجوع في الهبة فقد ذكرت المادة (٥٧٩) من القانون موانع الرُّجوع في الهبة بعد قبضها -وليس قبل ذلك- حيث نصت أنّه «يعتبر مانعاً من الرجوع في الهبة مايلي:-

١- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر أو لذي رحم محرم مالم يترتب عليها مفاضلة بين هؤلاء بلا مبرر.

٢- إذا تصرّف الموهوب له في الموهوب تصرّفاً ناقلاً للملكية، فإذا اقتصر التصرّف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

٣- إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة ذات أهمية تزيد من قيمتها، أو غيّر الموهوب له الشيء الموهوب على وجهٍ تبدّل فيه اسمه.

---

(١) أنظر رسالة جلالة المغفور له الملك الحسين بن طلال عليه رحمة الله والتي وجهها إلى دولة رئيس الوزراء بتاريخ ١٩٦٤/٤/٨. والمذكورة في ج١ ص٣ من المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني.

٤- إذا مات أحد طرفي العقد بعد قبضها.

٥- إذا هلك الموهوب في يد الموهوب له، فإذا كان الهلاك جزئياً جاز الرُّجوع في الباقي.

٦- إذا كانت الهِبة بعوض.

٧- إذا كانت الهِبة صدقة أو لجهةٍ من جهات البر.

٨- إذا وهب الدائِن الدَّين للمدين.

والقانون في هذه المادة يكون قد أخذ برأي الحنفية مع بعض التعديلات التي استند فيها إلى كتاب (نيل الأوطار للشوكاني)، وذلك في حالة تخصيص بعض الأقارب من ذوي الرَّحم المحرم بلا مبرر، أمَّا في حال وجود مبرر للمفاضلة كعجز أحد الورثة أو حاجته فلا مانع من التفضيل، هذا ماورد في المذكرة الإيضاحية في شرح هذه المادة، كما أنّ النقطة السادسة والسابعة والثامنة والتي ذكرتها المادة آنفة الذكر قد اعتبرها القانون موانع للرُّجوع في الهِبة مع أنه لم يقل أيٌّ من الفقهاء بهذا، والحقّ أن هذه النقاط الثلاث لا تعد موانع للرجوع في الهِبة لا شرعاً ولا عقلاً؛ وذلك لأنّ معنى المانع: هو أن يكون الشيء مباحاً ابتداءً ثم يطرأ هذا المانع فيمنع إباحته. وإذا جئنا للنقاط الثلاث التي ذكروا أنَّها موانع، وتفحصناها، لوجدنا أن الصدقة لا يجوز الرُّجوع فيها أصلاً، وأنّ الإبراء كذلك، فكيف تعدُّ بعد هذا موانع وهي أصلاً لا يباح الرجوع فيها؟.

كما أنّ النقطة الثالثة، وهي قولهم «إذا كانت الهِبة بعوض» نقطة مشوشة يفهم منها أن الهِبة بشرط العوض تعد مانعاً من موانع الرجوع وهذا غير صحيح لأنّ الهِبة بشرط العِوض لا تعدُّ مانعاً، ولها حكم خاص بينته المادة (٥٦١)، فقره (١)، وسيأتي في موضعه إن شاء اللّه تعالى. وإن كان المراد من تعبير القانون أن حصول العِوض من الموهوب له يمنع الرجوع، فالتعبير على نحو ما ورد في المادة القانونية لا يفيده وهو تعبير مغلوط؛ لأنّ الحنفية وغيرهم ممن قال إنّ حصول العِوض من الموهوب له للواهِب يعدُّ مانعاً عبروا عنه بالتعبير الآتي «ويعد مانعاً

أن يعوض الموهوب له الواهِب عن هبته»[١]. أمّا أن يترك هذا التعبير على شكله الذي أورده القانون فغير صحيح، وهو بحاجة إلى إعادة نظر ليؤدي الغرض المطلوب في منع الرجوع في الهِبة؛ لأنّ الهِبة قد يراد بها العِوض، ولا يقوم الموهوب له بالتعويض، هل يمنع الواهب من الرُّجوع في هذه الحالة لمجرد كون هبته كانت على عوض؟ الجواب لا.

ثم إن المادة (٥٧٩) والتي علّقنا عليها آنفاً توهم بأنّ موانع الرُّجوع إذا ما حصلت فإنها تمنع الرجوع في الهِبة قبل القبض وبعده على حدٍ سواء، ولو أنه يفهم من نص الفقرة (٢) من المادة (٥٧٦) أنّ المانع إنما يمنع الرجوع بعد القبض لا قبله، ولكن منعاً للبس، ولتوضيح المادة بشكل دقيق، كان من الواجب النص صراحة على أن جريان الموانع إنما يكون بعد القبض؛ لأنها قبل القبض على مِلك صاحبها حيث لم تملك ولم تتم بعد حتى إذا أراد الواهِب الرجوع رجع، وان كان لذي رحم أو لزوج، وهذا ما قال به الحنفية الذين استند القانون في وضع أساس هذه المادة إلى رأيهم.

ثم أنّ نص الفرع الأول من المادة (٥٧٩) يشترط لكون الهِبة لذي الرَّحم المحرم مانعاً من الرُّجوع أن لا يترتب عليها مفاضلة بين ذوي الأرحام المحارم بلا مبرر، وهذا يوجب المساواة في الهِبات والعطايا بين ذوي الأرحام المحارم، من الإخوة، والأخوات، والأخوال، والخالات، ونحوهم، مع أنّ هذا لم يقل به أحدٌ من العُلماء، وهو تحريف لرأي العلماء الذين أوجبوا المساواة في الهبات والعطايا بين الأبناء فقط، دون بقية الأرحام من الإخوة، والأخوات، ونحوهم، وعلى هذا لو اقتصر القانون على ذي الرحُم المحرم في كونه مانعاً دون هذه الإضافة التي أضافها لكان قد أصاب الحق، ذلك لأنّ الإنسان غير مطالب شرعاً بالعدل بين أرحامه في العطايا، ولكن الأحاديث الصحيحة أجمعت كلّها على العدل بين الأبناء وحدهم دون غيرهم، مخافة قطع أرحامهم وايقاع الشحناء والبغضاء بينهم.

---

(١) أنظر نص المادة (٨٦٨) من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها «إذا أعطي للهبة عوض وقبضه الواهِب فهو مانع للرجوع فعليه لو أعطي للواهِب من جانب الموهوب له أو من آخر شيء على كَونه عوضاً عن هبته وقبضه فليس له الرجوع عن هِبته بعد ذلك».

المطلب الثاني: حكم الرجوع في الصدقة التطوعية بعد لزومها عندهم كلٌ حسب مذهبه

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال خمسة، وهي:-

القول الأول: ذهب أصحابه إلى أنه لا رجوع فيها للمتصدق -بعد اللزوم- مطلقاً، لا لأب ولا لغيره. قال بهذا الحنفية[١][٢]، والشافعية في المرجوح عندهم[٣]، والحنابلة وهو المذهب[٤]، والزيدية[٥]، والاباضية[٦]، واكثر الإمامية[٧].

القول الثاني: قالوا لا رجوع للمتصدق -بعد اللزوم بالعقد على المشهور، وبالقبض على رأي- سواءً اكان أباً أم غير أب إلا أن يشترط المتصدق الرجوع في صدقته،

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٠. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٤.

(٢) هذا الرأي عندهم في الصدقة على الفقير قولاً واحداً، أمّا الصدقة على الغني والهبة للفقير فقد خالف فيها بعضهم، وذلك مبني على اختلافهم في الصدقة على الغني -بلفظ تصدقت عليك- في اعتبارها صدقة أم هبة في الحقيقة وإن كانت بلفظ الصدقة، وكذلك اختلافهم في الهبة للفقير بلفظ وهبتك، هل تعتبر صدقة أم هبة؟ وعلى هذا ففي الصدقة على الغني اختلف هؤلاء البعض على رأيين، وهما:

الرأي الأول: ليس له الرجوع استحساناً؛ لأنّ الثواب قد يطلب بالصدقة على الأغنياء، ولذلك تدفع الزكاة إلى من يملك نصاباً إذا كان لا يكفيه ويحصل بذلك الأجر للمتصدق.

الرأي الثاني: له الرجوع في القياس؛ لأن التصدق على الغني يطلب منه العِوض عادة فكان هبةً في الحقيقة فيوجب الرُجوع.

أمّا الهبة للفقير -أي بلفظ وهبتك- فقد اختلفوا أيضاً على رأيين، وهما:-

الرأي الأول: ليس له الرجوع استحساناً؛ لأن قصده بالهبة إلى الفقير ثواب الله دون عوض الدنيا إذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة من يكون أقدر على آداء العوض، ولما اختار الفقير على عجزه عن أداء العوض فعرفنا أن مقصوده ثواب الآخرة، وقد نال ذلك فلا رجوع له.

الرأي الثاني: له الرجوع؛ لأن التمليك تم بلفظ الهبة، وهي تقتضي العوض ولو أراد الصدقة لتلفظ بها.

* انظر هذه التفاصيل في الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٣. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ص ص ٩٢-٩٤.

(٣) الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٢٧٣-٢٧٤. المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص ص٣٨١-٣٨٢. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٠. البيجرمي، حاشية البيجرمي، مصدر سابق، ج٣ ص٦٤٥.

(٤) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٣١٢-٣١٣. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٧٩.

(٥) الصنعاني، التاج المذهّب، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٢٧٢-٢٧٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٤ ص١٣٨.

(٦) إطفيّش، شرح النّيل، مصدر سابق، ج١٢ ص١٨.

(٧) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص ص ١٢٩-١٣٠.

سواء اكان أباً أم غير أب، فله الرجوع . . . وهذا رأي المالكية[(١)].

القول الثالث: قالوا لا رجوع فيها -بعد اللزوم بالقبض- إلا للأب أو أحد سائر الأصول من الجهتين، جهة الأب وجهة الأم، كالهبة تماماً بشروط كشروطها على ما عرفت في حكم الرُّجوع في الهبة المطلقة عندهم، وهذا هو الرأي الراجح عند الشافعية حيث قالوا إنّ الصّدقة كالهبة تماماً في حكم الرجوع[(٢)].

القول الرّابع: قالوا لا رجوع فيها -بعد اللزوم بالقبض عند البعض، والعقد عند آخرين- إلا للأب، وفي الأم خلاف كالهبة تماماً، بشروط كشروطها حسب ما عرفت في رأيهم في الرُّجوع في الهبة المطلقة. وهذا هو القول المرجوح عند الحنابلة[(٣)]، وقال المرداوي في الانصاف: إنه الصحيح من المذهب، وقال عنه في الفروع: إنه أصح الوجهين.

القول الخامس: قالوا لا رجوع للمتصدق فيها بعد العقد إلا للأب، والأم، والجدين فقط، كالهبة تماماً، وبشروط كشروطها، وهذا رأي الظاهرية[(٤)]. قال ابن حزم في المحلّى: «والحكم في العائد في هبتة والعائد في صدقته سواء على لسان رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم والمفرّق بينهما مخطئ»[(٥)].

---

(١) الشنقيطي، تبيين المسالك، مصدر سابق، ج٤ ص٢٩٢. الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج ٤ ص ص ١٥٢-١٥٣. المواق، التاج والاكليل على مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٨ ص٢٦. الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٧ ص ص ١١٣-١١٤. الصّاوي، حاشية الصّاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص١٥٣. الكاندهلوي، أوجز المسالك، مصدر سابق، ج١٢ ص ص ٢٦٩-٢٧٠.

(٢) البيجوري، حاشية البيجوري، مصدر سابق، ج٢ ص٩٣. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤١٦. المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص ص ٣٨١-٣٨٢. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٠. البيجرمي، حاشية البيجرمي، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٦٤٥-٦٤٦. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٢٧٣-٢٧٤. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق ج٥ ص ٤١٦.

(٣) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص ص ١٤٦، ١٤٩. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق ج٨ ص ص ٢٦٢-٢٦٤.

(٤) ابن حزم، المحلّى، مصدر سابق، ج٩ ص ص ١٢٧-١٢٨.

(٥) المصدر ذاته، ج٩ ص١٣٥.

المطلب الثالث: «الأدلة»

١) ادلة الفريق الأول:-

ويمكن الاستدلال لهم بالأدلة التالية[١]:-

الدليل الأول: قال عُمر بن الخطّاب حملتُ[٢] على فرس عتيق (أي نفيس جواد) فاضاعه[٣] صاحبه، فظننت أنّه بائعه برخص، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك؟ فقال: لا تبتعه ولا تعد في صدقتك، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»[٤].

وجه الدلالة: قلت: هذا الحديث يدل دلالة صريحة على تحريم الرجوع في الصدقة، ثم هو لا يفرق في هذا الحكم بين أن يكون المتصدق والداً أو غير والد، فالنهي عام لا يستثني أحداً.

الدليل الثاني: عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مثل الذي يرجع في صدقته كمثل الكلب يقيء ثم يعود في قيئه فيأكله»[٥].

وجه الدلالة: قلتُ: النهي في الحديث عام ولا يستثني أحداً، ولو كان للوالد أن يرجع في صدقته لولده لذكره صلى الله عليه وسلم ولم يتركه.

الدليل الثالث: قال عمر بن الخطّاب رضي الله عنه «من وهب هِبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنّه لا يرجع فيها، ومن وهب هِبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها»[٦].

(١) لم أجد هذه الأحاديث ضمن أدلة هذا الفريق، لكن في غالب الظن أنهم قد استدلوا بها في غير الكتب التي تمكنت من الإطلاع عليها لذا ذكرتها ضمن أدلتهم.

(٢) حملت: معناها تصدقت به ووهبته لمن يقاتل عليه في سبيل الله، انظر النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، مصدر سابق، ج١١ ص٦٢، كتاب الهبات، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه.

(٣) أضاعه: أي قصر في القيام بعلفه ومؤنته، أنظر المصدر ذاته، ج١١ ص٦٢، كتاب الهبات . . . .

(٤) أخرجه البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، ج٣ ص٣٢٦، كتاب الهبات، باب لا يحل لاحد أن يرجع في هبته وصدقته، كما أخرجه مُسلم، صحيح مُسلم، مصدر سابق، ج٣ ص١٢٣٩، كتاب الهبات باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه، حديث رقم (١٦٢٠).

(٥) أخرجه مُسلم، صحيح مُسلم، مصدر سابق، ج٣ ص١٢٤٠، كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض، حديث رقم (١٦٢٢). وأخرجه النسائي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج٤ ص ص ١٢٢-١٢٣، كتاب الهبات، باب ذكر إختلاف ألفاظ الناقلين لخبر ابن عباس، الأحاديث رقم (٦٥٢٣) و (٦٥٢٤) و (٦٥٢٥).

(٦) رواه مالك، الموطأ، مصدر سابق، كتاب القضاء، باب القضاء في الهبة، حديث رقم (١٤٣٦)، كما رواه البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج٦ ص١٨١، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة، كما رواه ابن أبي شيبة في المصنف، مصدر سابق، ج٤، ص٤٢٤، باب الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها، حديث رقم (٢١٦٩٩٣).

الدليل الرابع: قالوا إنّ المقصود من الصدقة الثواب عند الله تعالى وقد حصل بوعد الله تعالى فهو بمنزلة العوض المادي[١].

الدليل الخامس: قالوا إنّ القصد من الصدقة طلب الثواب من الله، أو إصلاح حاله مع الله تعالى فلا يجوز أن يتغير رأيه في ذلك، والقصد من الهبة إصلاح حال الولد، وربّما كان الصلاح في استرجاعه فجاز له[٢].

ب) ادلة الفريق الثاني[٣]:

الدليل الأول: قال صلى الله عليه وسلم: «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»[٤]

وجه الدلالة: هذا الحديث يدل بصراحة على منع الرجوع في الصدقة لكل أحد، والداً كان أو غير والد.

الدليل الثاني: قال صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شروطهم»[٥].

وجه الدلالة: قلتُ: لقد منع الحديث الأول الرجوع في كل حال، وهذا الحديث خصص عموم سابقة في حال الاشتراط.

جـ) ادلة الفريق الثالث[٦]:-

الدليل الأول: عن ابن عمر وابن عبّاس رضي الله عنهما، قال صلى الله عليه وسلّم: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده،

(١) ابن نجيم، البحرالرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٠. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٤.

(٢) المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، مصدر سابق؛ ج١٥ ص ص ٣٨١-٣٨٢. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٢٧٢.

(٣) الشنقيطي، تبيين المسالك، مصدر سابق، ج٤ ص٢٩٢. الكاندهلوي، أوجز المسالك، مصدر سابق، ج١٢ ص ص ٢٦٩ - ٢٧٠.

(٤) سبق تخريجه ص ١٠٢.

(٥) أخرجه الترمذي، سنن الترمذي، مصدر سابق، ج٣ ص٦٣٤، كتاب الأحكام، باب الصلح بين الناس، حديث رقم (١٣٥٢) ونصه عند الترمذي «الصُلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً، حرم حلالاً أو أحلّ حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». قال الترمذي عنه هذا حديث حسن صحيح. وأخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، مصدر سابق، ج٢ ص٤٩، كتاب البيوع، أخرجه بروايتين إحداهما عن أبي هريرة والأخرى عن عائشة ونص حديث عائشة عنده «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق».

(٦) البيجوري، حاشية البيجوري، مصدر سابق، ج٢ ص٩٣. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٠١-٤٠٢. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص٤١٦. البيجرمي، حاشية البيجرمي، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٦٤٥-٦٤٦.

ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يرجع في قيئه »[١].

وجه الدلالة: قالوا العطية يراد بها الصدقة، والهدية، والهبة الخاصة، وهي الهبة ذات الأركان عندهم، بقرينة العطف، وهذا الدليل صريح في الدلالة على جواز رجوع الوالد وهو عندهم، يشمل سائر الأصول[٢].

د) ادلة الفريق الرابع: قال أصحاب هذا القول بأن حكم الصدقة كحكم الهبة[٣] فيما تقدم في مبحث الرجوع في الهبة المطلقة، لذا فإنهم استدلوا بعين تلك الأدلة فانظرها في موضعها.

قلتُ: أمّا استدلالهم على دخول الصدقة في حكم الهبة من حيث الرجوع، فهو أن لفظ العطية عام يشمل الصدقة، والهدية، والهبة.

الدليل الثاني: استدلوا برواية حديث النعمان بن بشير التي ذكرها مُسلمٌ في صحيحه، ونصها عن النعمان بن بشير قال: «تصدق علي أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرةُ بنت رواحة لا أرضى حتى تُشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق أبي إلى النبي صلى الله عليه وسلّم ليشهده على صدقتي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أفعلتَ هذا بولدك كلهم، قال: لا قال: اتقوا الله، واعدلوا في أولادكم، فرجع أبي فردَّ تلك الصدقة »[٤].

قلتُ: وجه الدلالة:- واضح من خلال هذه الرواية أن نوع التبرع كان صدقة وقد رجع أبوه فيها وهذا يدل على جواز الرُجوع للأب وللام قياساً عليه، ولو كان رجوع الأب في الصدقة ممنوعاً لما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم والد النعمان ابن بشير.

ادلة القول الخامس: استدلوا بالأدلة نفسها في الهبة؛ لأنّهم قالوا إنّ حكم الصّدقة والهبة في الرجوع سواء على ما بيّنا سابقاً؛ ووجه قولهم إن الصدقة لها حكم الهبة نفسه: أنّ الصدقة داخلة ضمن لفظ العطية والتي تضم الهبة، والصدقة.

---

(١) سبق تخريجه ص ٨٣.

(٢) البيجوري، حاشيةالبيجوري، مصدر سابق، ج٢ ص٩٢.

(٣) المرداوي،الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٤٩.

(٤) مسلم، صحيح مُسلم بشرح النووي، مصدر سابق، ج١١ ص٦٧، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، حديث رقم (١٦٢٣).

المطلب الرابع: المناقشة

أ) مناقشة أدلة القول الأول:

١- قد تناقش أدلة هذا القول، فيقال إنها أحاديث عامّة، قد ورد ما يخصصها، وهو الحديث الصحيح المروي عن ابن عمر وابن عباس قال صلى الله عليه وسلم «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هِبة إلا الوالد فيما يعطي ولده .. الخ»، فلفظ العطية في الحديث يشمل الصدقة أيضاً، وعلى هذا يكون هذا الحديث مخصصاً لعموم أحاديث هؤلاء.

ويُردُّ هذا الجواب: بأن العام هو حديثكم هذا، وأنّ الخاص هو حديثنا؛ ذلك لأنّ لفظ العطية يشمل الصدقة والهِبة والهدية كما قلتم، ولكن ورود أحادينا المخرجة للصدقة من عموم حديثكم يستوجب الأخذ بها؛ لأنها خصصت الصدقة من عموم لفظ العطية.

٢- ويجاب على دليلهم العقلي الأول بأن الجزم بحصول الثواب من الله تعالى لا يقول به أحد، فكيف أنزلوا الصدقة التي لا يمكن القطع بحصول ثوابها من الله تعالى منزلة الهِبة المعوضة عوضاً مادياً، فمن يدري، لعلَّ الله لم يتقبل هذه الصدقة، فأين يكون كلامهم بعد ذلك.

٣- ويقال في دليلهم العقلي الثاني: بأنّ موضع كلامكم هذا هو في غير الصدقة على الولد وان سفل، لأنّ الوالد له خصوصية ليست لبقية النّاس، وذلك لوفور شفقته، وكمال محبته، فإنّه لا يرجع إلا لحاجة أو لمصلحة الولد.

ب) مناقشة أدلة القول الثاني

١- أمّا بالنسبة لحديث «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه» فقد عرفنا ورود العموم عليه، ووجود مخصص له، كما عرفنا في مناقشة أدلة القول الأول.

٢- ويقال في حديث «المسلمون عند شروطهم»[1] بأنّه حديث لا يقف عند هذا القدر بل ورد في روايات الحديث المتعددة والتي رواها عدد كبير من

(١) سبق تخريجه ص١٠٢.

الصحابة رضوان الله عليهم أن للحديث بقية، فعند البعض زيادة كلمة «ما وافق الحق»، وعند البعض «إلاّ شرطاً أحل حراماً أو شرطاً حرم حلالاً»، فيكون الحديث على هذا ليس على إطلاقه كما ذكروه بل أنه مقيد بهذه الزيادة، وعلى هذا يكون اشتراط الرجوع في الصدقة قد أحل ما حرم الله ورسوله، وبهذا يكون شرطاً باطلاً لا يؤخذ به؛ لأنّ رسول الله قد أبطل أيضاً كل شرط ليس في كتاب الله بقوله في الحديث الصحيح الذي يرويه البخاري ومُسلم «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائه شرط»[1]. وقولهم بصحة الرُّجوع في الصدقة بعد لزومها مخالف لما جاء عن رسول الله (ص) في تحريم الرجوع فيها، فهو شرط باطل مردود.

ج) مناقشة ادلة القول الثالث

ويجاب على أدلة هذا القول بأن الآحاديث التي استدلوا بها عامة تخصصها الآحاديث التي تمنع الرجوع في الصدقة والتي استدل بها أصحاب القول الأول، وذلك لأن لفظ العطية الذي يشمل الصدقة وغيرها عام، وقد ورد ما يخرج الصدقة من هذا الدليل العام ولا يجادل أحد بأن الخاص مقدم على العام في الاستدلال.

د) مناقشة ادلة القول الرابع

قلنا بأن أصحاب هذا القول قالوا إنّ حكم الصدقة في الرجوع هو عينه في الهبة المطلقة، وقد ناقشنا تلك الأدلة فارجع إليها في موضعها ص٩٤. أمّا استدلالهم بإحدى روايات حديث النعمان بن بشير. والتي ذكرناها ضمن أدلتهم في هذه المسألة، وقولهم بأنها صريحة في الدلالة على جواز رجوع الوالد في صدقته لولدة. فيجابون بأن حديث النعمان بن بشير هذا جلُّ رواياته المذكورة في الصحيحين وغيرهما هي بلفظ الهبة أو العطية، ولا توجد حسب علمي إلا هذه الرواية بلفظ الصدقة، ثم يقال لهم ألم تقولوا إن الأب إذا فضل بعض أولاده على بعض في العطايا والهبات أنه يكون قد ارتكب إثماً عظيماً وذنباً كبيراً، وأن عطيته وصدقته

(١) رواه البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، ج٤ ص٣٤، كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء. ورواه مُسلم، صحيح مُسلم بشرح النووي، مصدر سابق، ج١٠ ص ص ١٤٤-١٤٦، كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لمن أعتق، حديث رقم (١٥٠٤).

لابنه المفضل تكون باطلة، لأجل أنه لم يعدل بين ابنائه واستدللتم بروايات هذا الحديث على رأيكم؟ فسيقولون نعم. نقول لهم حينئذٍ إنّ رجوع بشير والد النعمان في صدقته على ولده النعمان لم يكن لكون الرجوع في الصدقة أو الهبة جائزاً للأب فيما يتصدق على ابنه، بل لكونه أقدم على فعل محرم، وهو عدم التسوية بين أولاده، وهذا صريح في الحديث الذي يقول فيه رسول الله صلى الله عليه وسلّم لبشير: «أفعلت هذا بولدك كلهم؟ قال: لا قال: اتقوا الله واعدلوا في أولادكم، فرجع أبي فردّ تلك الصدقة». فصيغة هذا الحديث تبين أن الأمر بالرجوع في هذه الصدقة كان لعدم موافقتها لأسس العدل والإنصاف، وليس الأمر على إطلاقه في كل حال عدل الوالد أم لم يعدل. فعلى هذا يكون استدلالهم بالحديث في غير محله.

وقد ناقش الحنفية استدلالهم بحديث النعمان بأنه -أي النعمان- ربما كان بالغاً ولم يسلمه أبوه تلك الصدقة، وعندهم في مثله له أن يرجع؛ لأنها لم تملك بعد ولكونه كبيراً فإنّ قبض الوالد عنه لا يجوز، بل لا بدّ أن يقبضها هو بنفسه كما عرفنا في مبحث القبض[1].

ويجاب على اعتراض الحنفية هذا: بأنّ بعض روايات حديث النعمان فيها تصريح بأنه كان حينها غلاماً، منها رواية الشعبي المذكورة في سنن النسائي في كتاب النحل والتي فيها أن أمه -أي أم النعمان عمرة بنت رواحة . . . فأخذ أبي بيدي وأنا غلام يومئذٍ فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم . . . الخ الحديث» إذن فالصدقة له كان وهو غلام، وأن قبض والده له قبض، فهي على هذا تامة لا كما قالوا.

هـ) مناقشة أدلة القول الخامس

قال هؤلاء بأن العائد في صدقته كالعائد في هبته على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلّم، واستدلوا بالأحاديث نفسها والأدلة التي استدلوا بها في الرجوع بالهبة المطلقة، ولكن يقال لهم إن قولكم بأن حكمهما واحد ليس بصحيح؛ لأن الصدقة غير الهبة وإن كانت تدخل في معناها العام إلا أنه عند الإطلاق ينصرف المعنى إلى المعنى الخاص، فيكون المراد باطلاق لفظ الهبة الهبة الخاصة لا الهبة

---

(١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٦.

العامّة. والآحاديث التي استثنت الوالد وغيره مما يقاس عليه من الأصول كحديث ابن عمرو ابن عباس الذي مرّ بنا لا يوجد أي منها بلفظ الصدقة وإنما جميعها بلفظ الهِبة والعطية. أمّا الصدقة فقد وردت أحاديث صحيحة كحديث «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه» تحرم الرجوع فيها مطلقاً ولا تستثني أحداً، والذي يدعم ما نقول أن الصدقة لها وضع خاص، فهي متمحضة لنيل الثواب من الله تعالى، لذا لا بد أن يكون حكمها مغايراً لحكم الهِبة والهدية.

المطلب الخامس: «الترجيح»

وبالنظر إلى الأقوال السابقة يترجح لدي القول الأول الذي يمنع الرُّجوع مطلقاً، لا لأب ولا لغيره، ولكنني أضيف إليه حالةً واحِدة وهي حالة عدم عدل الأب بين أبنائه فيباح له الرُّجوع والتسوية بين أبنائه استدلالاً بحديث النعمان بن بشير حيث أمره رسول الله –صلى الله عليه سلم– بارجاعه، وأمره بإرجاعه يدل على صحة العقد وعدم بطلانه كما قال فريق من العُلماء، ولكنه يجب الرُّجوع فيه أخذاً بروايات هذا الحديث الشريف التي تأمر برد الصدقة في مثل هذه الحالة. أمّا أسباب ترجيحي للقول الأول والذي يمنع الرجوع مطلقاً فهي مايلي:

اولاً: قوة أدلته وصحتها.

ثانياً: إنّ الاحاديث التي استدل بها أصحاب هذا القول مخصصة لما جاء من عمومات استدل بها المقابلون؛ فإنّ لفظ العطية في حديث ابن عمر وابن عباس وغيرهما عام يشمل الصدقة والهدية والهِبة، فورود أحاديث تخرج الصدقة من هذا العموم يستوجب الأخذ بها.

ثالثاً: إنّ قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه: لا تعد في صدقتك . . . ولم يستثنِ أباً ولا غيره يدل دلالة قوية على عدم جواز الرجوع في الصدقة مطلقاً، ولو كان للأب الرجوع فيها لبينه له صلى الله عليه وسلم ولقال له إلا أن تكون على ابنك، ولم يتركها هكذا من دون بيان شاف، وهو الذي لا ينطق عن هوىً إنما هو وحي يوحى.

رابعاً: إنّ أدلة الأقوال الأخرى، وإن كانت في جلها أحاديث صحيحة، إلا أنها إمّا عامّة وإمّا في غير موضع النقاش كحديث النعمان بن بشير.

وعلى هذا يكون رأيي الخاص في هذا الموضوع هو عدم جواز الرُّجوع في الصدقة بعد القبض مطلقاً سواء اكان المتصدق أباً أم غير أب، إلا في حالة جور الأب بين أبنائه، فله الرجوع تفادياً للوقوع في الاثم.

المطلب السّادس: الرُّجوع في الصدقة التطوعية في القانون المدني الأردني

نصت المادة (٨٧٤) من مجلة الأحكام العدلية على أنّه «لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوة» أي لا لأب ولا لغيره، شرط المتصدق الرجوع أم لم يشترط، أو غير ذلك كما هو نص المادة، والقانون في هذا يكون قد أخذ برأي الحنفية وغيرهم من العُلماء أصحاب القول الأول، كما مرّ معك، وقد أوضحت المجلة في شرح المادة المذكورة آنفاً أنّ الصدقة المقصودة ثلاثة أنواع:

١- الصدقة لفظاً، ومعنىً كإعطاء الفقير مالاً بلفظ الصدقة

٢- الصدقة معنىً فقط، كإعطاء مال للفقير، أي المحتاج بلفظ الهبة، وكذلك لو أعطى أحدٌ للسائل أو المحتاج مالاً على وجه الحاجة ولم ينص على كونه صدقة، فليس له الرجوع استحساناً.

٣- الصدقة لفظاً فقط، كإعطاء الغني مالاً بلفظ الصّدقة، ولا يمكن الرجوع في نوع من هذه الأنواع، ومن ثم كان عدم الرجوع عن الصدقة التي تعطى للغني باعتبار اللفظ؛ لأنّ الصدقة التي تعطي للغني يُقصد بها الثواب من الله تعالى أحياناً بسبب كثرة العيال. هذا الحكم كله بعد لزوم الصدقة بالقبض، أمّا قبل القبض فيجوز الرجوع مطلقاً، كما يفهم من نص المادة المذكورة آنفاً.

المبحث التاسع: الرجوع في الهِبة بشرط العِوض

يُسمّي العُلماء هذا النوع من الهِبات بتسميات متعددة، فالبعض يُسميها بالهِبة بشرط العِوض، والبعض يُسمّيها بالهِبة بشرط الثواب -والمقصود بالثواب العِوض- كما يسميها البعض كذلك بالهِبة المقيدة بالثواب، وكل هذه الألفاظ ألفاظ مترادفة تدل على مَعنىً واحداً[١].

المطلب الأول: تعريفها شرعاً

يعرفها العُلماء جميعاً بأنها الهِبة التي يشترط صاحبها فيها عوضاً معيناً أو غير مُعيَّن[٢].

المطلب الثاني: أنواعها

يقسمها العُلماء إلى نوعين وهما[٣]:

النوع الأول: الهِبة التي يكون العِوض فيها معلوماً، كأن يقول وهبتك هذه السيارة على أن تعوضني مكانها بيتك الذي في القرية الفلانية ونحو ذلك. فهذا النوع يكون العِوض فيه معروفاً ومعلوماً.

---

(١) النووي، روضةالطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٣٨٦-٣٨٧. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٠٤- ٤٠٥. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠٠. الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٥٧٠-٥٧١.

(٢) الرَّملي، نهايةالمحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٤٢٣-٤٢٤. المطيعي، تكملةالمجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص ص٣٨٦-٣٨٧. ابن نجيم، البحرالرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٥. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص ص١١٦-١١٧. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩١. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص ص٢٦٤-٢٦٥.

(٣) المصادر ذاتها، نفس الصفحات.

النوع الثاني: الهِبة التي يكون العِوض فيها مجهولاً، كأن يقول وهبتك على أن تعوضني دون ذكر عوضٍ معيّن.

1) النوع الأول: وهي الهِبة التي يكون العوض فيها معلوماً.

الفرع الأول: آراء العلماء في صحة هذا النوع

إختلف العُلماء في صحة النوع الأول -أي في حال كون الهِبة بعوض معلوم- على رأيين هما: ولا بدّ أن تعرف قبل عرض الرأيين أن سبب تعرضي لموضوع الصحة والبطلان أولاً قبل عرض حكم الرجوع في هذه المسألة هو لنعرف متى يصح هذا النوع وعند من؛ لأنّ الرجوع الذي هو موضوعنا هو فرع صحةِ العقد وأثرٌ من آثاره، وأنّ العقد في حالة كونه باطلاً لا يحتاج إلى رجوع؛ لأنّه منقوض بطبيعة الحال. والآن إليك آراء العُلماء في صحة هذا النوع:-

الراي الأول: تصح.

وهذا رأي الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والأظهر عند الشافعية[٣]، والمذهب عند الحنابلة[٤]، وهو رأي الزيدية[٥]، والإمامية[٦].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٢. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٩.

(٢) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٧ ص١١٧ الدُسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص١١٤.

(٣) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٣٨٦-٣٨٧. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٠٥-٤٠٤. الرَّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٤٢٣-٤٢٤. المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذّب، مصدر سابق، ج١٥ ص ص ٣٨٦-٣٨٧. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٤١-٤٤٢.

(٤) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠٠. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٨٠-٢٨١. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج٧ ص ص ١١٦-١١٧.

(٥) الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٢٦٤-٢٦٥، تكملة الرَّوض النضير، مصدر سابق، ج٣ ص٣٨٥.

(٦) الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٥٧٠-٥٧١. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٧٥.

الرأي الثاني: لا تصح

وهذ رأي بعض الشافعية وهو مقابل الأظهر[١]، ورأي بعض الحنابلة في مقابل المذهب[٢]، ورأي الظاهرية[٣].

الفرع الثاني: «الأدلة»

أ) ادلة الفريق الاول[٤]:

إستدل الفريق الأول القائلون بصحة العقد في هذه الحالة بمايلي:-

الدليل الأول:- قال صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم»[٥]

الدليل الثاني: لأنّه معاوضة بمال معلوم فصحّ كما لو قال بعتك، فصحّ بالنظر إلى المعنى.

الدليل الثالث: ولأنّ الأصل جوازه والمنع يحتاج إلى دليل.

ب) ادلة الفريق الثاني:[٦]

استدل الفريق الثاني القائلون ببطلان هذا العقد بمايلي:

الدليل الأول: قال صلى الله عليه وسلّم: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[٧].

---

(١) الرّملي، نهايةالمحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٤٢٣-٤٢٤. النووي، روضةالطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص ص٣٨٦-٣٨٧.

(٢) البهوتي،الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩١. ابن قاسم، الأحكام شرح أصول الأحكام، مصدر سابق؛ ج٣ ص٣٩٠.

(٣) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص١١٨.

(٤) الرّملي، نهايةالمحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٤٢٣-٤٢٤. الكرهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٤١-٤٤٢. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٧٥. الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٥٧٠-٥٧١.

(٥) سبق تخريجه ص١٠٣.

(٦) ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص ص ١١٨-١١٩.

(٧) أخرجه البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، ج٤ ص ٣٤، كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء، ونصه عنده «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائه شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق». وأخرجه مُسلم، صحيح مُسلم، مصدر سابق، ج١٠ ص١٤٤، كتاب العتق.

وجه الدلالة: قالوا: فهذا الشرط -أي شرط العوض- باطل؛ لأنّه ليس في كتاب اللّه بل في كتاب اللّه عز وجل المنع منه بعينه، قال تعالى: ﴿ولا تمنن تستكثر﴾[1]. فقد قال: مجاهد وإبراهيم النخعي في تفسيرها: لا تعطِ شيئاً لتصيب (لتأخذ) أفضل منه.

وقال عكرمة: لا تعطِ شيئاً لتعط أكثر منه، وقال طاووس والحسن: لا تمنن عطيتك ولا عملك ولا تستكثر. قالوا فهذا جمهور السّلف قالوا: بمنع هذا النوع من الهِبات.

الدليل الثاني: قالوا لا يصح هذا العقد للتناقض بين اللفظ، والمعنى، فاللفظ يدل على الهِبة وهي تبرع، والمعنى يدل على البيع وهو معاوضة.

الفرع الثالث «المناقشة»

1) مناقشة ادلة الراي الأول القائل بصحة هذا النوع

ناقش ابن حزم الظاهري حديث «المسلمون عند شروطهم» الذي استدل به أصحاب هنا الرأي فقال[2]: إن هذا الحديث باطل من وجوه ثلاث كل منها كافٍ في دحضه وابعاده

اولها: أنه كلام لم يصح قط عن رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم، ولا رواه من فيه خير لأنها إنّما هي رواية كثير بن زيد وهو ساقط.

ثانيهما: أنهم ناقضوا هذا الحديث عندما أبطلوا كثيراً من العقود بكثير من الشروط فأبطلوا إحتجاجهم بهذا الحديث، فصحّ أن المسلمين ليسوا عند شروطهم على الجُملة لا سيما أنّ رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم قال: «كل شرط ليس في كتاب اللّه فهو باطل» فصحّ أن المسلمين ليس لهم أن يشترطوا شرطاً ليس في كتاب اللّه عزّ وجل.

ثالثهما: أن هذا اللفظ لو صحّ لكان لا يجوز أن يضاف إلى المُسلمين من الشروط إلا ما كان جائزاً لا منهياً عنه.

---

(١) سورة المدثر، آية (٦).

(٢) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص١١٩.

أولاً: يمكن ان نردّ اعتراضات ابن حزم رحمه الله بالقول:

أمّا بالنسبة للنقطة الأولى التي أثارها فلا يوافق عليها لأن الحديث له روايات كثيرة جداً مروية عن كثير من الصحابة رضوان الله عليهم وقد حكم الألباني وغيره على هذه الطرق وبيّن أنه حديث صحيح لغيره بمجموع هذه الطرق. وقد سبق لنا تخريجه في ص١٠٢ فانظره.

أمّا النقطة الثانية: فيقال له إنك هاجمت الحديث المذكور، وكلامك يكون صحيحاً لو كان نص الحديث «المسلمون عند شروطهم» وكفى، ولكن روايات الحديث الأخرى تبين أن له زيادات ففي بعض الروايات له زيادة «ما وافق الحق» وقد رواها الحاكم وغيره وفي بعضها الآخر زيادة «إلا شرطاً أحل حراماً أو شرطاً حرّم حلالاً»، فابطال العُلماء لكثير من الشروط لكونها من الشروط غير المشروعة التي تحرم الحلال أو تحلل الحرام، وعلى هذا يكون حال ابن حزم رحمه الله مع هذا الحديث كحال من وقف على قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة﴾ ولم يكملها بقول الله تعالى ﴿وأنتم سكارى﴾ ليتضح المعنى وينجلي اللُّبس.

وعلى هذا أيضاً نكون متفقين مع ابن حزم رحمه الله في الحديث الذي أورده وهو حديث صحيح أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما وهو قوله صلى الله عليه وسلم «كل شرط ليس في كتاب فهو باطل»[1].

أمّا النقطة الثالثة: فهي صحيحة وهي ما قال به العُلماء الذين إستشهدوا بهذا الحديث. في مختلف أبواب الفقه.

ثانياً: ويجاب على دليلهم العقلي الأول بالقول: إن مؤدى كلامهم هذا إيقاع الناس في الإرتباك في معاملاتهم، ونشوب النزاع والخلاف بينهم؛ لأن اللفظ يدل على الهبة، والمعنى يدل على البيع فلو تم الأمر بوضوح من البداية على أنه بيع لم يكن حينها للخلاف وجود.

ثالثاً: ويجاب على دليلهم العقلي الثالث بأنّ عدم وجود ما يمنع من صحة هذا العقد هو عندهم هم فحسب؛ لأنّ المخالفين وجدوا أدلة على منعه وهو قوله تعالى ﴿ولا تمنن تستكثر﴾[2].

---

(١) سبق تخريجه، ص١٠٦.

(٢) المدثر، آية (٦).

ب) مناقشة أدلة الرأي الثاني القائلين بعدم الصحّة

أمّا دليلهم الأول وهو قوله صلى الله عليه وسلّم: «كل شرط ليس في كِتاب الله فهو باطل». فيقال فيه أنه ليس في كتاب الله ما يمنع من صحة هذا العقد فإنْ قالوا بل يوجد وهو قوله تعالى: ﴿ولا تمنن تستكثر﴾، حيث قال ابن عباس وعكرمة ومجاهد وعطاء وطاوس وأبو الأحوص، وإبراهيم النخعي، والضحاك وقتادة، والسّدي وغيرهم، بأن معناها لا تعطِ العطية تلتمس أكثر منها[1]. فعلى هذا تكون الهِبة بشرط العِوض باطلة بنص كِتاب الله تعالى.

ويرد هذا القول: بأنه قد قيل في تفسير هذه الآية غير ما ذكر عن هؤلاء العُلماء حيث قال الحسن البصري إن معناها: لا تمنن بعملك على ربك تستكثره[2]، وكذا قال الربيع بن أنس وأختاره ابن جرير الطبري، كما قال مجاهد: إن معناها لا تضعف أن تستكثر من الخير[3]؛ لأنّ معنى تمنن في كلام العرب: تضعف وقيل غير هذين القولين.

نخلص من هذا أنّ في الآية أقوالاً مختلفة ويبقى الأمر في دائرة الإحتمال ولا يقطع بأن المراد ما ذكروا.

كما يُردّ عليهم بأن أقوال العُلماء الذين قالوا: إن المراد بالآية لا تعط العطية تلتمس أكثر منها هي كلّها تدور حول الهِبة التي يطلب صاحبها أكثر منها، ولكن جمهور الذين قالوا بصحّة هذا العقد قالوا بأنها بيع وان كانت بلفظ الهِبة.

الفرع الرابع: «الترجيح»

ويترجح لديّ القول بصحة هذا العقد في حال كون الثواب معلوماً، وذلك للأسباب التالية:

اولاً: قوة أدلة هذا الرأي، وخلوها من الإعتراضات ذات القيمة.

---

(١) أبو الفداء إسماعيل بن كثير، تفسيرالقرآنالعظيم، (ج٤)، دار الجيل، بيروت، ص ص ٤٤١-٤٤٢ تفسير سورة المدّثر.

(٢) المصدر ذاته، ص٤٤٢.

(٣) المصدر ذاته، ص ٤٤٢.

ثانياً: إنّ أدلة الفريق القائل بإبطال هذا العقد هي في الحقيقة خارج موضع النزاع كما تبين لنا أثناء مناقشة أدلتهم.

ثالثاً: ولأنّ الأصل الجواز إلا إذا ورد دليل بالمنع، وحيث أنّه لم يرد دليل صريح بالمنع إذن يبقى الأمر على أصل الإباحة.

الفرع الخامس: اختلاف القائلين بصحة الهبة بشرط العوض في حال كون العوض معلوماً في اعتبارها بيعاً او هبةً.

اختلف العُلماء في هذه المسألة على ثلاثة آراء، وهي:

الرأي الأول: قالوا إنّها تكون بيعاً، وتثبت فيها أحكامه صحة وفساداً وغير ذلك من الأحكام وهذا رأي زفر من الحنفية[١]، والصحيح عند الشافعية[٢]، والمذهب عند الحنابلة[٣].

الرأي الثاني: قالوا تكون هبة.

وهذا رأي المالكية[٤] وبعض الشافعية في مقابل الصحيح عندهم[٥]، ورأي لبعض الحنابلة[٦] وهو رأي الإمامية[٧] أيضاً.

الرأي الثالث: قالوا تكون هبة ابتداءً بيعاً انتهاءً[٨].

وهذا رأي أبي حنيفة وصاحبيه: أبي يوسف ومحمد.

---

(١) الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٩. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٢.

(٢) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٣٨٦-٣٨٧. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٤٢٣-٤٢٤. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٤١-٤٤٢.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠٠. ابن قاسم، الاحكام شرح أصول الأحكام، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩٠. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١١٦.

(٤) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٧ ص١١٧.

(٥) المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج١٥ ص ص ٣٨٦-٣٨٧. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٠٤-٤٠٥.

(٦) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٨٠-٢٨١.

(٧) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص٢٢٩.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٢. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٩.

الفرع السادس: «الأدلة»

أ) أدلة الراي الأول[١]:

الدليل الأول: قالوا إنّ معنى البيع موجود في هذا العقد؛ لأنّ البيع تمليك العين بعوض وقد وجد إلا أنّه إختلفت العبارة واختلافها لا يوجب إختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التّمليك.

الدليل الثاني: ولأنه تمليك بعوض معلوم فأشبه ما لو قال بعتك أو ملكتك هذا بكذا.

ب) دليل الراي الثاني:

قالوا تكون هِبة بالنظر إلى اللفظ لدلالته على الهِبة.

جـ) دليل الراي الثالث[٢]:

قالوا إنّه وجد في هذا العقد لفظ الهِبة، ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملاً بشبه الهِبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملاً بشبه البيع عملاً بالدليلين بقدر الامكان.

الفرع السابع: الراي المختار

والذي أميل إليه وأرجحه هو القول الأول عملاً بالمعنى؛ لأنّه أقوى من اللفظ.

الفرع الثامن: حكم الرجوع في الهِبة بشرط العِوض في حال كون العِوض معلوماً

قد علمت مما تقدم أنّ العُلماء مختلفون في ماهية هذا العقد، بعد قولهم بصحته في هذه الحالة -أي حالة كون العِوض معلوماً- فالبعض قال بأنّه بيع والبعض قال أيضاً أنّه هِبة وقال فريق أنه هِبة ابتداءً بيع انتهاءً، وبناءً على هذا إختلفت وجهات نظرهم في أمر الرجوع فيه، وإنْ كان يبدو أنّ من قال منهم إنّها بيع أنهم متفقون على حكم واحد وكذلك الأمر بالنّسبة لمن قال إنّها هِبة ولكن واقع الحال أن الأحكام مختلفة. هذا وسأقوم بذكر آراء العُلماء في الرجوع في الهِبة

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٢، المرغيناني، الهداية، مصدر سابق ج٣ ص٢٢٩، البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠٠.

(٢) المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٩. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٢.

بشرط العِوض عند من قال أنها بيعٌ أولاً ثم اتبعها بمن قال إنها هِبة ثم بمن قال إنها هِبة ابتداءً بيع انتهاءً.

أولاً:- بيان حكم الرجوع في الهِبة بشرط العِوض في حال كون العِوض معلوماً عند من قال إنها بيع.

الراي الأول: قال هي بيع، لذا تلزم بالعقد من غير شرط القبض ولا يملكان الرُّجوع. وهذا قول زفر من الحنفية[1].

الراي الثاني: قالوا تلزم بالعقد إلا أن يكون فيها أحد الخيارين خيار المجلس، أو خيار الشرط، فإذا لم يكن فيها أحد هذين الخيارين فلا رجوع للمتعاقدين بمجرد العقد؛ لأنها بيع كما عرفنا. قال بهذا الشافعية في الصحيح عندهم[2].

الراي الثالث: قالوا تلزم بالعقد كالبيع تماماً، ويثبت فيها خيارا المجلس والردّ بالعيب، وهذا رأي الحنابلة وهو المذهب عندهم[3].

ثانياً: آراء من قال إنّها هِبة

الراي الأول: قالوا تلزم الهِبة بعد العقد- الإيجاب والقبول- لكل من الواهِب والموهوب له إذا تم تعيين العِوض من أحدهما وقبل به الآخر فإذا تم ذلك فلا رجوع لأحدهما، وعلى هذا فإن الموهوب له يكون ملزماً بدفع الثواب المعيَّن إلى الواهِب وإن لم يقبض الهِبة بعد، وكذلك يكون الواهِب ملزماً، وإن لم يقبض الموهوب له الشيء الموهوب بعد وهذا رأي المالكية[4].

---

(١) الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٩. ابن نجيم، البحرالرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٥. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٢.

(٢) الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٤٢٣-٤٢٤. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٦. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٥.

(٣) ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٨٠-٢٨١. البهوتي، كشّاف القِناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠٠. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص ص ١١٦-١١٧. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩١.

(٤) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٧ ص١١٧. الدُسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص١١٤. الدردير، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص ١١٤. الشنقيطي، تبيين المسالك، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٢٩٥-٢٩٦.

الرأي الثاني: قالوا لا تلزم الهبة قبل القبض من كلٍ منهما الواهب والموهوب له، وعلى هذا فلكلٍ من الواهب والموهوب له أن يرجعا في هبتهما إذا لم يقبض كل منهما عوض هبته المشروط، وهذا رأي بعض الشافعية في مقابل الصحيح عندهم[1]. ورأي بعض الحنابلة أيضاً[2].

الرأي الثالث: قالوا للواهب الرجوع في هبته حتى بعد قبض الموهوب له إيّاها مالم يدفع الموهوب له للواهب العوض المتفق عليه بينهما، فإذا دفعه لم يكن لهما الرُّجوع. وقالوا: بأن الموهوب له لا يجبر على تعويض الواهب لكن إن امتنع فللواهب الرُّجوع. وهذا رأي الامامية[3].

ثالثاً: راي من قال إنّها هبة ابتداءً بيع انتهاءً، وهم ابو حنيفة وصاحباه: ابو يوسف ومحمّد، وهؤلاء حكم الرُّجوع عندهم على النحو التالي[4]:

قالوا لا يثبت الملك في كلٍ منهما قبل القبض ولكل واحدٍ منهما أن يرجع في سلعته مالم يتقابضا الإثنين جميعاً، أمّا إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحدٍ منهما الرُّجوع سواء القابض وغير القابض حتى يتقابضا جميعاً فإذا تقابضا أصبح بيعاً ولا رجوع فيه إلا بخيار العيب أو عدم الرؤية، وما إلى ذلك من أحكام البيع.

ب) النوع الثاني: الهِبة التي يكون فيها العِوض مجهولاً

الفرع الأول: آراء العلماء في صحة هذا النوع

إختلف العُلماء في صحة هذا النوع على رأيين هما:

الراي الأول:- الصحّة

وهذا رأي الحنفية، لكنهم قالوا ببطلان شرط التعويض في هذه الحالة فتكون

---

(١) النووي، روضةالطالبين ، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٦. الرّملي، نهايةالمحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٤٢٣-٤٢٤.

(٢) المرداوي،الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١١٧. ابن قدامة،المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٨٠.

(٣) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص ص١٧٥-١٧٦.

(٤) الميرغيناني،الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٩. الكاساني،بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٢.

هِبة عادية[١]، وهو رأي المالكية[٢]، ورأي عند بعض الشافعية[٣]، ورأي لبعض الحنابلة وهو ظاهر كلام أحمد[٤]، وهو رأي الامامية كذلك[٥].

الرأي الثاني: البطلان

وهو رأي جمهور الشافعية وهو المذهب[٦]، وجمهور الحنابلة وهو المذهب[٧]، وهو رأي الظاهرية[٨].

الفرع الثاني: «الأدلة»

أ) دليل الفريق الأول القائلين بالصّحة[٩].

قالوا لأنّه شرط في العقد ما يقتضيه أصلاً فلا مانع منه.

ب) ادلة الفريق الثاني القائلين بالبطلان[١٠]

الدليل الأول: قالوا إن هذا العقد باطل في هذه الحالة لتعذر صحته بيعاً لجهالة العِوض ولتعذر صحته هِبة لذكر الثواب بناءً على أنها لا تقتضيه.

الدليل الثاني: قالوا ولأنّه عِوض مجهول في معاوضة فلم يصحّ كالبيع.

---

(١) المصدرين ذاتهما، نفس الصفحات.

(٢) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٧ ص١١٧. الدُسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص١١٤.

(٣) الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٤٢٣-٤٢٤. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٤٠٤-٤٠٥.

(٤) ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٨٠. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص ١١٧.

(٥) الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج٣ ص ص٥٧٠-٥٧١. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٧٥.

(٦) الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٢٧٦-٢٧٧. الكوهجي، زاد المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٤٢.

(٧) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠٠. ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٨٠.

(٨) ابن حزم الظاهري، المحلّى، مصدر سابق، ج٩ ص١١٨.

(٩) الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٥٧٠-٥٧١. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٧٥.

(١٠) الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٢٧٦-٢٧٧. المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج١٥ ص ص٣٨٦-٣٨٧. البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠٠. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩١. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٨٠-٢٨١.

الفرع الثالث: الراي المختار

والذي أميل إليه من هذين الرأيين المتقدمين هو القول ببطلانها في هذه الحالة وذلك لأنّ الهبة لا تقتضي الثواب على الصحيح، فبإشتراط ما ينافي مقتضاها يبطلها.

الفرع الرّابع: حكم الرُّجوع في الهبة المشروطة بالعوض المجهول عند القائلين بصحتها.

عدَّ هذا الفريق، والقائل بصحة هذا العقد في هذه الحالة - أي حالة كون المعوض مجهولاً - عدّوها هبة، وقد اختلفوا في حكم الرجوع فيها على النحو التالي:

الراي الأول: قالوا يصحّ للواهب الرجوع في هبته بعد القبض إلا أن يحصل مانع من موانع الرجوع السبعة، وهي أن يعوضه الموهوب له، أو تهلك الهبة أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له، أو أن يكون الموهوب له ذا رحم محرم، أو الزوجة، أو الزيادة المتصلة، أو موت أحد العاقدين الواهب، أو الموهوب له . . . وهذا رأي الحنفية[١] كما أوضحناه مفصلاً في حكم الرجوع في الهبة المطلقة؛ لأنهم قالوا إنّ الهبة المشروط بها عوض مجهول تصح، ويُلغى شرط العوض المجهول فتكون هبة ابتداءً وانتهاءً[٢].

الراي الثاني: قالوا إذا لم يُعيِّن العوض فإنّ الموهوب له مخيرٌ بين ردّ الهبة بذاتها أو دفع عوضها، وأمّا الواهب فلا خيار له ويلزمه قبول ما دُفع إليه من قبل الموهوب له مما يصح أن يعوِّض به شرعاً إذا كان فيه وفاءً بقيمة هبته إلا أن يثيبه بما لا تجري العادة بالإثابة به كحطب وطين فلا يلزمه قبوله، وللموهوب له رد الهبة بذاتها إن لم تفت، فإن فاتت عنده بزيادة، أو نقص كعمى، أو عور ونحوهما، أو خروج من يد بموت، أو بيع، أو نحو ذلك تعين على الموهوب له دفع قيمة الهبة يوم قبضها لعمل أهل المدينة[٣].

الراي الثالث: قالوا للواهب الرُّجوع فيها حتى بعد القبض من الموهوب له إذا لم يعوضه عليها العوض المناسب، أمّا إذا عوضه عليها العوض المناسب فلا رجوع له بعد ذلك، وهذا رأي بعض الشافعية[٤]، وبعض الحنابلة[٥].

---

(١) الحصكفي،الدر المختار وعليه رد المختار، مصدر سابق، ج٨ ص٥٠٤. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٨.

(٢) ابن نجيم،البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص ٢٩٥.

(٣) الشنقيطي، تبيين المسالك، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٢٩٥-٢٩٦.

(٤) المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٨٦.

(٥) المرداوي،الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١١٧. ابن قدامه،المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٨٠.

وفي مقدار العِوض عند أصحاب هذا القول أربعة آراء هي:

الراي الأول: أنه قيمة الموهوب ولا يتعين جنس من الأموال بل الخيرة فيه للمتّهب (الموهوب له)(١).

دليله: قالوا لأنّ العقد إذا اقتضى العوض ولم يُسمّ فيه شيء تجب فيه القيمة اعتباراً بمهر المثل.

الراي الثاني: يعطيه حتى يرضى(٢).

دليله: ما ورى ابن عبّاس رضي اللّه عنهما أنّ أعرابياً وهب للنبي صلى اللّه عليه وسلم هبةً فأثابه عليها وقال: أرضيت؟ قال لا، فزاده وقال: أرضيت؟ فقال نعم، فقال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم: لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي».

وجه الدلالة: قالوا إن العوض لو لم يكن واجباً حتى يُرضى لما زاده رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم حتى رضي.

الراي الثالث: هو ما يعد ثواباً لمثله في العادة(٣).

دليله: قالوا لأن العِوض وجب بالعرف، فوجب مقداره بالعرف أيضاً.

الراي الرّابع: قالوا يكفي مايتمول -ما يُعدُّ مالاً- قل أو كثر.

دليله: قالوا لأنّه حيث لم يُسمّ عوِضاً فعلى ما يُسمّى عوضاً وإن قل.

الراي الرّابع: قالوا يدفع الموهوب له ما شاء إلى الواهب فإن رضي الواهِب بما دفع له وقبضه لم يكن له الرجوع، وإن لم يرض تخير الموهوب له بين دفع الموهوب واعادته إلى صاحبه، أو تعويض الواهب عوض مثل الهِبة.

---

(١) المطيعي، تكملةالمجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٨٦. ابن قدامه،المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٨٠.

(٢) المصدرين ذاتهما، نفس الصفحات.

(٣) المطيعي، تكملةالمجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٨٦.

المبحث العاشر: الرُّجوع في الإبراء

المطلب الأول: تعريف الإبراء شرعاً

قال بعض العُلماء: «إنّ الإبراء هو هبة الدّين لمن هو عليه»[(١)].

وقال بعضهم أيضاً: «هو إسقاط ما في ذمة الغير من الحق»[(٢)]

ويتضح من هذين التعريفين أنّ العُلماء مختلفون في ماهية الابراء، هل هو هبة أم إسقاط؟ والفرق بينهما أن الهبة تحتاج إلى قبول عند كثير من العُلماء، والاسقاط كالعتق تماماً، لا يتوقف على القبول. وهذ سيقودنا إلى المطلب الثاني وهو اشتراط القبول من المُبرَئ (بفتح الرّاء) لصحة الإبراء.

المطلب الثاني: أراء العلماء في اشتراط القبول من المُبرَئ (بفتح الرّاء) لِصحة الإبراء.

اختلف العُلماء في هذه المسألة على رأيين، وهما:

الرأي الأول: يشترط القبول لِصحة الإبراء.

وهذا رأي زفر من الحنفية[(٣)]، والراجح عند المالكية[(٤)]، والمرجوح عند الشافعية[(٥)]، وهو رأي بعض الحنابلة[(٦)] ورأي الزيدية[(٧)]، وبعض الإمامية[(٨)].

---

(١) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٧٤. الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص١٤٢.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص٤٩٠. العاملي، الروضة البهية، مصدر سابق، ج٣ ص١٥٣.

(٣) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٨٣. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩١.

(٤) الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص١٤٢. الدّردير، الشرح الكبير، وعليه حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص٩٩.

(٥) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٠. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٧٤.

(٦) ابن قاسم، الإحكام شرح أصول الأحكام، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩١. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٥٠. المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٧.

(٧) الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٢٦٣-٢٦٧.

(٨) العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، مصدر سابق، ج٣ ص١٥٣.

المطلب الثالث: حكم الرجوع في الابراء

بناءً على ما مرَّ في المطلب الثاني، من هذا المبحث في اشتراط بعض العُلماء للقبول لصحة الابراء، وعدم اشتراط البعض الآخر لذلك. نقول متى ما صحّ الابراء، سواء بالقبول عند من قال به أو بالايجاب وحده عند من قال به أيضاً، فإنّ العُلماء جميعاً، وهم: الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥]، والزيدية[٦]، والإمامية[٧]، متفقون على أنّ من أبرأ شخصاً من دين له في ذمته، فإنّه لا يحق له الرجوع بعد ذلك.

الدليل: قالوا: لأنّه بالابراء قد أسقط حقّه، والساقط يكون متلاشياً، فلا يتحقق الرُّجوع فيه، كما لو كان عيناً فهلك عِنده.

المطلب الرابع: الرجوع في الإبراء في القانون المدني الأردني

نصت المادة (٤٤٤) من القانون المدني الأردني على «أنّه إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام»، وعلى هذا يبدو جلياً أنّه لا رجوع بعد تمام الإبراء من قبل المُبرئ (بكسر الرّاء)، ولا يتوقف تمام الابراء على قبول المدين، إلا أنّه يرتد برده، وهذا ما نصّت عليه المادة (٤٤٥) حيث جاء فيها أنه «لا يتوقف الإبراء على قبول المدين إلا أنه يرتد برده، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته».

---

(١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٨٣. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩١. ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩١.

(٢) الدُّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص١٤٢.

(٣) المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٩١. الرَّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص٤١٧. البيجيرمي، حاشية البجيرمي، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٦٤٥-٦٤٦.

(٤) ابن قاسم، الإحكام شرح أصول الأحكام، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩١. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٥٠-٢٥١. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٧.

(٥) ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص١١٨.

(٦) الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٦٧، إلا إن الزيدية قالوا إذا كانت هبة الدين بعوض فله الرجوع إذا لم يعوضه.

(٧) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٣٩.

وبهذا يكون القانون قد أخذ برأي الفريق الذي لم يشترط القبول لصحة الابراء، كما أخذ برأي عامّة العلماء القائل بلزوم الإبراء وعدم جواز الرجوع فيه من قبل الدائن.وهذا الحكم يكون بعد صحة الابراء في تصرف صحيح، وعلى هذا فالإبراء الباطل لا يجري به رجوع؛ لأنّه باطل أصلاً لا يحتاج إلى رجوع.

ولهذ فإنّ المادة (٤٤٧) من القانون المدني الأردني في الفقرة (١) منها بينت أن الإبراء تجري عليه الاحكام الموضوعية التي تسري على كلّ تبرع، كالأهلية فينبغي أن يكون المُبرئ (بكسر الرّاء) أهلاً للتّبرع، ومن ثم فلا يصحّ إبراء المجنون، والمعتوه، ولا إبراء الصغير مطلقاً، وهذا ما ورد أيضاً في المجلة مادة (٥٤١) ومادة (٢٣٥) من مرشد الجيران.

كما أن المريض مرض الموت ليس له حريّة الابراء، فاذا كانت ديونه تستغرق أمواله فلا يصحّ إبراؤه وإذا لم تستغرق ديونه جميع أمواله فإنّ إبراءَه من دين أحد ورثته لا يصح إلا بإجازة بقية الورثة، وإبراؤه من دين الأجنبي لا يصحّ إلا من ثلث التركة، وهذا ما جاء في المادة (١٥٧٠) و (١٥٧١) من المجلة.

المبحث الحادي عشر: بماذا يحصل الرجوع -حيث يثبت- في الهبة بمعناها العام الشامل (للصدقة، الهدية، الهبة بمعناها الخاص).

المطلب الأول: أراء العُلماء في هذه المسالة:

أختلف العُلماء في هذه المسالة على رأيين، وهما:

الراي الأول: قالوا يحصل الرجوع بالألفاظ الدالة عليه فقط، دون الأفعال والتصرفات، كالهبة والبيع ونحو ذلك.

قال بهذا جمهور المالكية وهو الراجح[١]، والشافعية في الصحيح عندهم[٢]، والحنابلة في المذهب وعليه أكثرهم[٣].

الدليل: لأنّ ملك الموهوب له ثابت يقيناً، فلا يزول إلا بيقين، وهو القول دون غيره.

الراي الثاني: قالوا يحصل الرجوع بالألفاظ الدالة عليه، ويحصل أيضاً ببعض التصرفات الدالة عليه، كالهبة، والوقف، والبيع للشيء الموهوب.

وهذا رأي بعض المالكية، وهو المرجوح[٤]، وهو مقابل الأصح عند الشافعية[٥]، ومقابل المذهب عند الحنابلة[٦]، وهو رأي الزيدية[٧] والامامية[٨].

الدليل: إنّ هذه الأفعال والتصرفات ونحوها لا تسوغ لفاعلها إلا في ملكه، كما لو أتى بشيء منها في زمن الخيار، فقيام الواهب بهذه التصرفات يدل على رجوعه وإعراضه عن هبته للموهوب له.

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل وأسفله التاج والاكليل، مصدر سابق، ج٨ ص٢٦.

(٢) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٤. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٣.

(٣) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٤٩. البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣١٦.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٥-٢٦.

(٥) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٣.

(٦) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣١٦.

(٧) الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٧١.

(٨) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٦٥.

الفرع الأول: الألفاظ التي يحصل بها الرُّجوع

تبين لنا من الرأيين السابقين أنه لا خلاف بين العُلماء في حصول الرجوع باللفظ وإن كانوا قد اختلفوا في تحديد الألفاظ التي تدل على الرجوع، والتي يحصل بها إذا تلفظ بها الواهِب، وكانت آراؤهم في هذه المسألة على النحو التالي:-

الراي الأول: قالوا يحصل الرجوع بقول الواهِب: رجعتُ فيما وهبت، أو استرجعته، أو رددته إلى ملكي، أوعدت فيها، أو أعدتها إلى ملكي، أو أبطلتها، أو نقضتها أو فسختها، ونحو ذلك مما يدل على الرجوع.

وبه قال بعض المالكية[١]، وجمهور الشافعية[٢]، وهو رأي الحنابلة[٣]، والإمامية[٤].

الراي الثاني: قالوا إنّ اللفظ الذي يحصل به الرجوع صريح وكناية، فالصريح هو قول الواهِب: رجعت، والكناية تفتقر إلى نية، كقوله أبطلتها، أو فسختها، أو نقضتها ونحو ذلك. وبه قال بعض الشافعية[٥].

الراي الثالث: قالوا لا يحصل الرجوع إلا بلفظ الإعتصار، ولا يحصل بغيره من الألفاظ، وهو رأي المذهب عند المالكية[٦].

---

(١) الدُسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص١١٠. الدَّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص ص ١٥١-١٥٢.

(٢) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٣. البيجوري، حاشية البيجوري، مصدر سابق، ج٢ ص٩٤. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٣.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣١٦.

(٤) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٦٥.

(٥) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٣.

(٦) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٧ ص١١٤.

الفرع الثاني: التصرفات والأفعال التي يكون بها الرجوع بناءً على القول الثاني وهذه اختلف فيها العلماء القائلون بهذا الراي على مايلي[١]:

أولاً: البيع: هو رجوع عند بعض المالكية، بشرط أن يشهد الواهب عند بيعه للشيء الموهوب أنه اعتصار، أو رجوع، وكذلك هو رجوع عند بعض الشافعية، وبعض الحنابلة والزيدية، والامامية.

ثانياً: الهبة: وهي رجوع عند بعض الشافعية، والزيدية، والامامية.

ثالثاً: الوقف: وهو رجوع عند بعض الشافعية، والزيدية.

رابعاً: العتق: وهو رجوع عند بعض المالكية وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة، والزيدية، والامامية.

خامساً: وطيء الجارية الموهوبة: وهو رجوع عند بعض الشافعية، والزيدية.

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٨ ص ص ٢٥-٢٦. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٣. البيجوري، حاشية البيجوري مصدر سابق، ج٢ ص٩٤.
الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٤. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣١٦. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٤٩. الصنماني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٧١. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٦٥.

المبحث الثاني عشر: كيفية الرُّجوع بعد تمام ملك الهِبة او لزومها

كيف يتم الرُّجوع حيث يثبت؟ هل يتم بمجرد إرادة الواهِب، أم لا بد من البت فيه بحكم حاكم؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال هذا المبحث، وكما هو واضح من عنوان هذا المبحث فإنَّ موضع الخلاف في افتقار الرُّجوع إلى حكم الحاكم هو بعد ملك الهِبة عند البعض ولزومها عند البعض الآخر، فعلي سبيل المثال قال الحنفية إنَّ الهِبة تملك بالقبض فبعد القبض، وهو شرط الملك يكون موضع الخلاف حيث قبله للواهِب الرُّجوع بنفسه، ومن دون حكم حاكم، كذلك الزيدية تملك عندهم بالعقد، على ما مرَّ بك، فقبل تمام القبول من الموهوب له يكون للواهِب الرجوع من دون حكم حاكم.

المطلب الأول: آراء العُلماء في هذه المسالة:

أختلف العُلماء في هذه المسألة على رأيين، وهما:

أ) الرأي الأول: قالوا لا يصح الرُّجوع إلا بتراضيهما – أي الواهِب والموهوب له– أو بحكم حاكم (القاضي)[1] قال بهذا الحنفية والزيدية.

ب) الرأي الثاني: قالوا: لا يفتقر الرُّجوع إلى حُكم حاكِم، ويتم بإرادة الواهِب ولا يحتاج إلى تراضٍ حيث يثبت[2].

قال بهذا الشافعية، والحنابلة، في الأصح عندهم، وهو ظاهر مذهَب المالكية، والظاهرية، والإمامية.

---

(١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٧. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٩. السمّناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ص٥٢٥. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٤، ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج٨ ص٥١٣. الموصلي، الإختيار، مصدر سابق، ج٣ ص٥٣. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٨. الصنعاني، التاج المذهَب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٧١.

(٢) المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٨٥. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص٤١٦، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٦٩. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٦٥.

المطلب الثاني: الأدلة

أ) أدلة الراي الأول[١]:

الدليل الأول: قالوا إنّ الرجوع هو فسخ العقد بعد تمامه، وفسخ العقد بعد تمامه لا يصح بدون القضاء، أو الرضا، كالرد بالعيب في البيع بعد القبض.

الدليل الثاني: قالوا: ولأن الرجوع مختلفٌ فيه بين العُلماء، وفي حصول المقصود، وهو التعويض وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو القضاء.

ب) أدلة الراي الثاني[٢]:

الدليل الأول: قالوا لا يحتاج إلى حاكم لثبوته بالنص.

الدليل الثاني: ولأنّه خيار في فسخ عقد فلم يفتقر إلى قضاء، كالفسخ بخيار الشرط.

المطلب الثالث: الراي المختار

والذي أميل إليه هو القول الأول الذي يشترط التراضي أو حكم الحاكم لصِحة الرجوع، وذلك لما يلي: لأن مواضع جواز الرجوع وعدمه غير ظاهِرة للمتعاقدين[٣] ولا تظهر إلا للقاضي، وذلك لأنه ليس في كل حال يجوز الرجوع، كما عرفنا، لذا كان استعمال الواهِب لحق الرجوع بدون التراضي، أو التقاضي ممنوعاً، فلا بد والحالة هذه من حكم حاكم (قاض) يبين للواهِب إن كان له الحق في الرجوع أم لا.

المطلب الرابع: رأي القانون المدني الأُردني في هذه المسالة

بينت المادة (٥٧٦) من القانون المدني الاردني بفقرتيها (١، ٢) كيفية الرُجوع، ففي الفقرة (١) ورد أن للواهب أن يرجع في الهِبة قبل القبض، دون رضا الموهوب له، وبهذا يكون القانون قد أخذ برأي الحنفية وجمهور من الشافعية، وبعض المالكية، وبعض الحنابلة وبعض الامامية، الذين قالوا بجواز الرجوع قبل القبض، دون رضا الموهوب له لعدم تمامها أو لزومها عند البعض.

(١) المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٩.

(٢) المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٨٥. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص٢٦٩.

(٣) يقصد بهما الوالد وولده، لأن الراجح كما بيّنا سابقاً أن الرجوع جائز للوالد في هبته لولده فقط.

أمّا بعد القبض فقد ورد في الفقرة (٢) من المادة نفسها «أنّ للواهب الرجوع فيها بقبول الموهوب له فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول مالم يوجد مانع من موانع الرجوع». وعلى هذا يكون القانون المدني الأردني قد أخذ برأي الحنفية والزيدية الذين قالوا لا بد عند الرجوع من حكم حاكم أن لم يتم الرجوع بالتراضي عليه بين الواهب والموهب له.

وعلى هذا إذا قام الواهب باسترداد الشيء الموهوب بدون رضا الموهوب له أو حكم الحاكم فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء الموهوب مهما كان سببه وهذا ما وضحته الفقرة (١) من المادة (٥٨١) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها «إذا استعاد الواهب الشيء الموهوب بغير رضاء أو قضاء كان مسؤولاً عن هلاكه مهما كان سببه».

المبحث الثالث عشر: إسقاط حق الرُّجوع ممن له الحق به

عـرفـنا، من خـلال حكم الرُّجـوع الذي مـرّ بك، من له الحق في الرُّجـوع وهـو الواهب مطلقاً عند بعض العُلماء، كالحنفية، والزيدية، وعند البعض الآخر، هو الأب وبعض الأصول فـقط، وعلى كلٍ فـقـد اختلف العُلمـاء في سـقـوط حق الرجـوع إذا أسقطه من له الحق فيه على رأيين، وهما:

أ) الرأي الأول: لا يسقط حق الرُّجوع بالإسقاط[١].

قال بهذا الرأي الحنفية، والشافعية، والحنابلة في الأظهر.

ب) الرأي الثاني: يسقط حق الرجوع بالاسقاط[٢].

وهذا رأي بعض الحنابلة في مقابل الأظهر عندهم.

ثانياً: الأدلة

أ) دليل الرأي الأول: قالوا: لأن حقَّه ثبت بالشّرع فلم يسقط بإسقاطه، كما لو أسقط الولي حقه من ولاية النكاح[٣].

ب) دليل الرأي الثاني: لأنّه مجرد حقه وقد أسقطه، بخلاف ولاية النكاح لأنّ فيها حقاً لله وللمرأة، بدليل إثمه بالعضل بخلاف الرُّجوع فإنّه حق للأب[٤].

ثالثاً: الرأي المختار: والذي يترجح لدي أنّ حق الرُّجوع يسقط بإسقاطه، لأن المترتب على هذا الحق هو حق مالي، ويجوز إسقاط الحق المالي كالإبراء، بخلاف ولاية النكاح فليست حقاً مالياً.

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨ ص٥٠٤. ابن نجيم، البحرالرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩١. البيجوري، حاشية البيجوري، مصدر سابق، ج٢ ص٩٣. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص٤١٧. شرف الدين بن أبي بكر المقرئ، إخلاص النّاوي، مصدر سابق، ج٢ ص٤٦٧.
المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٤٨. البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣١٣.

(٢) المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٤٨.

(٣) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣١٣.

(٤) المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٤٨.

الفصل الثالث

الرُّجوع في العارية

ويتألف من المباحث التالية

المبحث الأول: تعريفها لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: حكم الرجوع في العارية.

المبحث الثالث: الرجوع في الأرض المعارة للدفن آثاره.

المبحث الرابع: الرجوع في الأرض المعارة للزراعة.

المبحث الخامس: الرجوع في الأرض المعارة للغرس البناء.

المبحث الأول: تعريفها لغةً واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريفها لغةً[1]

الإعارة مصدر أعَرت، والاسم منه عاريَّةٌ بتشديد الياء، وقد تخفف تقول: أعرته الشَّيْءَ أعيره اعارة وعارة، والعارية والعارة ما تداوله الناس بينهم، وقد أعاره الشيء وأعاره منه وعاوره إياه، والمعاورة والتعاور المداولة، والتداول في الشيء يكون بين اثنين. وتعور واستعار: طلب العارية واستعارة الشيء واستعاره منه: طلب منه أنّ يعيره إياه.

المطلب الثاني: تعريفها اصطلاحاً.

لقد تباينت تعريفات الفقهاء للإعارة ولكنها تصب جميعها على عدّها هبة منافع، أو إباحة منافع وقد جاءت تعريفاتهم على النحو التالي.

أولاً: تعريف الحنفية.

للحنفية تعريفان، هما:

أ- هي تمليك المنافع بغير عوض، وهذا تعريف جمهور الحنفية.[2]

ب- هي إباحة الانتفاع بملك الغير[3]، وهذا تعريف الكرخي من الحنفية.

ثانياً: تعريف المالكية:

هي تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض.[4]

شرح التعريف:

أمّا قولهم تمليك منفعة: فقد خرج بذلك البيع؛ لأنّه تمليك ذات، وكذا الهبة والصدقة.

* وقولهم: مؤقتة أي بزمن أو فعل نصاً أو عرفاً فالزمن: كقوله أعرتك هذه الدابة

(١) لسان العرب ٢٠/ ٦١٨ - ٦١٩ مادة (عور)، القاموس المحيط ٩٦/٢ مادة (العور)

(٢) المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص ٢٢٠. السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج٣ ص١٧٧، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٨٠.

(٣) المصادر ذاتها، نفس الصفحات.

(٤) الدّردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، مصدر سابق، ج٣ ص٥٧٠. الحطّاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٧.

لسنة مثلاً وأمّا المؤقتة بالفعل فكقوله أعرتك دابتي لتحمل عليها بضاعتك إلى بلد كذا وأمّا المقصود بالنص فهو التلفظ بالتوقيت، أمّا التوقيت العرفي فهو كإعارة الأرض للزراعة، فالعرف قائم على أنها تعار حتى الحصاد.

* أمّا قولهم بلا عوض: خرجت بذلك الإجارة؛ لأنها بعوض.

ثالثاً: تعريف الشافعية:

للشافعية تعريفان، وهما:- أولاً إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه[1]

شرحه:- خرج بهذا التعريف ما لا يحل الانتفاع به، كآلات اللهو والغناء، فإنّه لا تصح إعارتها، وكذلك خرج ما لا تبقى عينه بعد الاستعمال، كالطعام والشراب والنقود وما شابه ذلك.

أمّا الثاني:- فهو هبة المنافع مع استبقاء ملك الرقبة.[2]

شرحه:-الهبة تقضي الانتفاع بدون عوض، والعارية نوع من أنواع الهبات واختصت بمنافع الاشياء دون رقابها، ولذلك قال: مع استيفاء ملك الرقبة.

رابعاً: تعريف الحنابلة. تباينت تعريفاتهم نوعاً ما، ولكنها متفقة على كونها إباحة.

قال ابن قدامه المقدسي: هي إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال.[3]

وقال الامام البعلي: هي إباحة نفع عين تبقى بعد استيفائه.[4]

وقال البهوتي: هي إباحة نفع عين يحل الانتفاع بها تبقى بعد استيفائه ليردها على مالكها.[5]

وقال ابن قدامة في المقنع: هي هبة منفعة.[6]

(١) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص ٢٦٣. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص١١٧.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج٧ ص ١١٦.

(٣) ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج٧ ص٣٤٠.

(٤) أحمد بن عبدالله البعلي، الروض الندي، منشورات المؤسسة السعيدية، الرّياض، ص ٢٧٥.

(٥) البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٣٨.

(٦) موفق الدين بن قدامة، المقنع ومعه الشرح الكبير والانصاف، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، الطبعة الأولى ج١٥، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٥م، ص ٦٥.

والناظر في هذه التعريفات المتقدمة يجد فوارق بينها، فالتعريف الأول لم يشترط بقاء العين المعارة بعد الاستعمال، بينما اشترطها التعريف الثاني، وربما لا يكون هذا مقصوداً، ولكن أتى قصوراً في التعريف. أمّا التعريف الثالث فقيّدها بما يحل الانتفاع به، فخرج المحرّم فإنّه لا يعدُّ عارية، وأمّا الرابع فقد جعلها هبة ولم يجعلها إباحة ومعلوم أنّ الهبة تفيد تمليك المنفعة كما يفيدها عقد المعاوضة، والإباحة تفيد رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكاً للمستعير.

خامساً: تعريف الظاهرية:

قالوا هي:- إباحة منافع بعض الشيء.[1]

سادساً: تعريف الزيدية:

قالوا هي:- إباحة المنافع على وجه يحل.[2]

فالإباحة: هي رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكاً له.

قوله المنافع: ليدل على أن المنفعة هي المباحة دون الرقبة.

قوله على وجه يحل: خرج ما كان حراماً فلا تصح إعارته.

سابعاً: تعريف الاباضية

قالوا هي تمليك منفعة مؤقتة بغير عوض[3]

أقول والملاحظ: إنّ تعريفهم يشبه تعريف المالكية الأول، ولكون المذهبين يختلفان اختلافاً كُلياً في الجوهر لم أجعلهما تعريفاً واحداً فليتنبه لذلك.

ثامناً: تعريف الامامية.

قالوا هي الاذن في الانتفاع بالعين تبرعاً.[4]

شرحه: معنى الاذن: الإباحة، والمعنى إباحة الانتفاع تبرعاً من غير عوض.

---

(١) ابن حزم، المحلّى، مصدر سابق، ج٩ ص١٦٨.

(٢) الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج ٣ ص٢٥٣، الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٥، ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٤ ص١٢٦، السّياغي، الروض النضير، مصدر سابق، ج٣ ص٢٧٨.

(٣) اطفيّش، شرح النيل، مصدر سابق، ج ١٢ ص١١٢.

(٤) البحراني، الحدائق الناضرة، مصدر سابق، ج٢١ ص٤٧٥، الطبطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٥ ص٥٢٣.

* أما تعريفها في القانون المدني الأردني.

فقد ورد في المادة ٧٦٠. من القانون المدني الأردني « أنّ الاعارة تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض، على أنّ يرده بعد الاستعمال ».

وبعد سرد تعريفات العُلماء للعارية فإنّ المتأمل فيها يجدها جميعاً تجمع على أمرين فبعضها يقول بأنّ العارية إباحة منفعة، والبعض الآخر يقول بأنّها هبة منفعة أو تمليك منفعة، وهما بمعنىً واحد.

ومن خلال استدلالات الحنفية، كلٌ على مذهبه، يمكن أنّ نستفيد منها في سحب هذه الاستدلالات لبقية المذاهب الأخرى، فكلها يقول: إمّا بالإباحة، وإمّا بالهبة والتمليك فالكرخي من الحنفية والقائل بأنها إباحة يستدل على مذهبه بما يلي:

اولاً: إنّها إباحة؛ لأنّها تنعقد بلفظ الإباحة، أمّا التمليك فلا ينعقد بلفظ الإباحة.

ويُرد عليه: أنّ انعقادها بلفظ الإباحة مجاز؛ لأن الاجارة تنعقد بلفظ الإباحة، ولا نزاع في كونها تمليكاً.

ثانياً: لأنّه لا يشترط فيها تعيين المدة، ولو كانت تمليكاً لاشترطت المدة كالإجارة.

ثالثاً: ولأنّ المعير يملك نهي المستعير عن الانتفاع في أي وقت، ولو كانت تمليكاً لما ملكه كالمؤجر لا يملك نهي المستاجر عن الانتفاع في فترة الاجارة.

ويرد عليه: أن ملك المعير نهي المستعير عن الانتفاع في أي وقت ليس لكونها إباحة بل لأن العقد عقد غير لازم فكان للمعير الرجوع في أي وقت.

رابعاً: أن جمهور الحنفية يقولون: بأنه ليس للمستعير أنّ يؤجر العارية، وهم يقولون بأنها تمليك، ولو كانت تمليكاً للمنافع، كالاجارة، لجاز للمستعير أنّ يؤجر.

ويرد عليه: قالوا إمتناع الاجارة ليس لأن المستعير لا يملك المنفعة، بل لأن المعير مَلّكه المنافع على وجه لا ينقطع حقه عنها متى شاء، فلو جاز له أنّ يؤجرها لتعلق بالاجارة استحقاق المستاجر فيقطع حق المعير في الاسترداد في أي وقت شاء.

أقول رداً على هذا الرد: بأنه إذا لم يكن للمستعير أنّ يؤجر فما الفرق إذن بين الإباحة والتمليك والآثار المترتبة على كليهما واحدة.

خامساً: إنّ التمليك يقيد التصرف في العارية، كما يقيده عقد المعاوضة بالاجارة والاعارة لا البيع، وهذا ما قال به بعض الحنابلة وبعض الشافعية. وهذا يناقض مذاهبهم التي ذهبوا إليها في حكم الرجوع في العارية، حيث قالوا باستثناء المالكية بأنها عقد غير لازم يجوز الرُجوع فيه في أي وقت، ولازم قولهم بالتمليك ينقل العارية من عدم اللزوم إلى اللزوم، فمثلاً إذا أجرها المستعير فإنّها تلزم إلى نهاية المدة؛ لأن الاجارة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه إلى نهاية المدة، وهذا هو التناقض بعينه.

التعريف المختار:

والذي اختاره وأميل إليه قول من قال: بأنها إباحة منفعة وذلك للأسباب التالية:

اولاً: لقوة أدلة أصحاب هذا الرأي.

ثانياً: إن القول بأنها هبة أو تمليك منفعة يتيح للمستعير إجارتها وإعارتها وهذا من شأنه ادخال المعير في الضرر وتضييع حريته في تصرفه في ملك نفسه.

وعلى هذا، فإنّي أرى أنّ تعريف بعض الشافعية وهو: «إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه» هو أجمع التعريفات حيث إنه احتوى ما ذكره كل العُلماء القائلين بأنها إباحة منفعة.

المبحث الثاني: حكم الرجوع في العارية.

اختلف العلماء في حكم الرجوع في العارية على آراء أربعة هي:

الراي الأول:

قالوا: إنّ العارية عقد جائز (غير لازم)، فلكلٍ من المعير والمستعير الرجوع فيه متى شاء سواء أكانت العارية مطلقة[١] أم مؤقتة[٢].

وبه قال الحنفية،[٣] والشافعية،[٤] والظاهرية[٦]، والزيدية [٥] والإمامية في الراجح عندهم.[٧]

ادلة القول الأول:

اولاً: أدلتهم من السنة: قال صلى الله عليه وسلم: «المِنحةُ مردودة، والعارية مؤداة»[٨].

(١، ٢) يقصد بالمطلقة في موضوع العارية خلوها عن التحديد بمدة معينة كشهر أو سنة مثلاً ويضاف إلى ذلك عند بعض العُلماء خلوها عن التحديد بعمل معين كالحمل على دابة إلى بلد معين فهذا عمل فاذا لم تكن العارية محددة بزمن معيّن أو عملٍ معين فهي مطلقة وما كان منها محدداً بزمن أو عمل فيسمّى القيد أو المؤقت.

(٣) الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٢٢٠-٢٢٢. ابن نجيم، البحر الرائق، وبهامشه منحة الخالق، مصدر سابق، ج٧، ص٢٨٠. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٨، ص ص ٤٧٥-٤٧٦. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ص٥٣٥.

(٤) المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج١٤ ص٢٥٧. الشاشي، حلية العُلماء، مصدر سابق، ج٥، ص١٩٤. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص١٣١، البيجبرمي، البيجرمي على الخطيب، مصدر سابق، ج٣، ص١٣٤. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤، ص٤٣٦.

(٦) ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج٩، ص١٦٩.

(٥) ابن المرتضى، البحر الزخّار، مصدر سابق، ج ٤، ص١٢٨. الشّوكاني، السّيل الجرّار، مصدر سابق، ج٣، ص٢٨٨.

(٧) البحراني، الحدائق الناضرة، مصدر سابق، ج٢١، ص ٤٨٠. الطبطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٥، ص ص ٥٢٤ - ٥٢٥.

(٨) أخرجه أبوداوود في سننه، مصدر سابق، ج٣ ص٢٩٧، كتاب البيوع، حديث رقم ٣٥٦٥، وأخرجه ابن ماجه في سننه، مصدر سابق، ج٢ ص١٣٧، كتاب الصدقات، باب العارية، حديث رقم ٢٣٩٨، ٢٣٩٩. كما أخرجه الترمذي في سننة، مصدر سابق، ج٣ ص٥٦٥، كتاب البيوع، وقال الترمذي حديث حسن غريب، قال الألباني، في صحيح ابن ماجه، مصدر سابق، ج٢ ص٤٩ قال هو حديث صحيح وأورده في السلسلة الصحيحة برقم ٦١٠ و ٦١١.

وجه الدلالة: قلت لكونها مردودة ومؤداه يدل على أنها غير لازمة، وإذا كان الأمر كذلك فيجوز الرجوع فيها في أي وقت شاء مطلقة كانت أم مؤقتة؛ لأن النص عام لم يخصص شيئاً دون شيء.

ثانياً: من «المعقول»:

١. قالوا الاعارة عقد غير لازم، ولذلك الملك الثابت به يعدُّ ملكاً غير لازم؛ لأنّه ملك لا يقابله عوض، فلا يكون لازماً كالملك الثابت للموهوب له في الهبة، فبناءً عليه يكون للمعير الرجوع في الاعارة متى شاء.[1]

٢. ولأنّ المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به قبض ولا يُملك إلا به فيصح الرجوع عنه.[2]

٣. ولأنها إحسان من المعير وارتفاق من المستعير فالإلزام غير لائق بها وإلا امتنع الناس منها.[3]

٤. ولأنّه لم يهب الأصل ولا الرقبة فيرجع فيها -أي المعير- متى شاء.[4]

٥. ولأنّه لا يحل مال أحد بغير طيب نفس منه إلا بنص، ولا نص في هذا فالقول بالالزام من غير موجب له يؤدي إلى الاستفادة من مال الآخرين بغير طيب نفس منهم وهو منهي عنه.[5]

أمّا مستثنيات العلماء من هذا الحكم العام فهي ما يلي:

أولاً: مستثنيات الحنفية:[6]

قال الحنفية لا يملك المُعير استرداد العين المعارة في عدة أمور هي:

إذا طلب السفينة المعارة وهي في لجة البحر، أو طلب السيف المعار ليقتل به ظلماً، أو طلب الفرس المعار لمن يغزو عليه في دار الحرب في موضع لا

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق وبهامشه منحة الخالق، مصدر سابق، ج٧ ص ٢٨٢.

(٢) المرغاني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص ٢٢٠. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٢.

(٣) المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٤ ص٢٠٧. الشاشي، حلية العُلماء، مصدر سابق، ج٥ ص١٩٤. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص١٣١. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج ٣ ص٢٨٨.

(٤) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص١٦٩.

(٥) المصدر ذاته، ج٩ ص١٦٩.

(٦) ابن عابدين، تكملة حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٨.

يوجد فيه مركب بالشراء ولا بالأجرة، أو طلب المستعار للرهن قبل قضاء الدين، أو طلب الاناء المستعار في الصحراء بعد أنّ ملاه المستعير دهناً مثلاً، وكذلك لا يمكنه استرداد مرضعة استعارها المستعير لإرضاع طفله بعد أنّ ألفها الطفل بحيث صار لا يصبر عنها ولا يأخذ إلا ثديها. وكذلك إذا استعار أرضاً للزراعة وزرعها لا تؤخذ منه حتى يحصد الزرع كما سيأتي في موضعه.

قالوا وتبقى العين المستعارة في كل ما سبق ذكره بأجر المثل، من حيث الرجوع في العارية إلى حين زوال العذر المانع من استردادها والرجوع فيها؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ثانياً: مستثنيات الشافعية:[1]

استثنى الشافعية من الحكم العام الذي تقدم آنفاً بعض الأمور التي تجعل العقد لازماً من الجانبين: جانب المعير وجانب المستعير. أو لازماً من جانب أحدهما. وهذه الأمور هي:

أ- التي تلزم من الجانبين وتشمل:

١. إعارة أرض لدفن ميت محترم، وستأتي في موضعها.

٢. إذا أحرم عارٍ بفرض في الثوب المستعار فانَّ العارية تلزم من جهتهما لما في ذلك من هتك الحرمة.

ب- التي تلزم من جهة المعير وتشمل:

١. إذا أوصى بسكنى بيته مدة، فقال: أعيروا داري بعد موتي شهراً، مثلاً، فلا يجوز للوارث الرجوع قبل الشهر ان خرجت أجرته من الثلث؛ لأنها وصية بالسكن وليست إعارة حقيقةً.

٢. إذا أعاره سيفاً للقتال واحتدم القتال، فلا رجوع حتى ينكشف. وكذلك تلزم من جهته إن أعاره للرهن وقبضه المرتهن، أو نذر أنّ يعيره مدة معلومة، أو نذر أنّ لايرجع.

جـ- التي تلزم من جهة المستعير، وتشمل:

(١) البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، مصدر سابق، ج ٣ ص ، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢، الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص.

١. إذا إستعار أحدهم داراً لسكنى معتدة، فإنّه لا يجوز الرجوع والتخلي عن هذه الاستعارة إلى نهاية مدة العارية.

٢. فيما لو استعار آلة الاستقاء لوضوء أو إزالة نجس، وقد ضاق وقت الصلاة، ويقاس على ذلك ما في معناه.

أمّا عن الأجرة فقالوا تجب الأجرة للمعير في كل المسائل التي امتنع عليه الرجوع فيها إلا في ثلاث مسائل، وهي:

١. الاعارة للدفن لعدم جريان العادة بالعوض في ذلك.

٢. إذا أعاره ثوباً لصلاة فرض، وذلك لقصر زمنه.

٣. إذا أعار سيفاً للقتال واحتدم القتال، فلا أجرة بعد نهايته.

ثالثاً: مستثنيات الزيدية.[1]

استثنى الزيدية الأمور التالية من الرجوع وهي:

١. إذا أدّى رجوع المعير واسترداده العين المعارة إلى محظور، أو ترك واجب نحو أنّ يستعير ثوباً ليستر عورته في الصلاة الواجبة، أو ليصلي عليه في الموضع المتنجس.

٢. أن يستعير سفينة ليعبر عليها، والمقصود بعد الابحار وليس قبله، أو خيطاً ليربط به جرح محتدم، أو آلة من جبل أو غيره لينقذ به محتدم الدم في بئر مثلاً.

٣. إعارة الثوب لكفن الميت بعد الدفن، وكذلك إعارة الأرض للدفن بعد أنّ يتم حتى يندرس الميت أو يجتاحه سيل، وستأتي في موضعها.

٤. اعارة الأرض للزراعة بعد المباشرة بزراعتها حتى الحصاد.

٥. استعارة الموقد لانضاج طعام حتى ينضج.

أمّا الأجرة: فقالوا للمعير في كل ما ذكر أجرة المثل، من يوم الرجوع وفي المقبرة له الأجرة من يوم الرجوع حتى يندرس الميت أو يجتاحه سيل.

(١) ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٤ ص ١٢٨.

رابعاً: مستثنيات الإمامية:

أولاً: الإعارة للرهن بعد وقوعه أو للاجارة، فيلزم المعير الصبر الى انقضاء المدة.

ثانياً: الاعارة لدفن ميت مسلم ومن بحكمه، وستأتي في موضعها.

ثالثاً: إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك، كما لو أعاره لوحاً رقع به سفينته ولجج في البحر فلا رجوع للمعير أن يمكن للمستعير الخروج الى الشاطئ، أو إصلاحها مع نزعة من غير ضرر.

الرأي الثاني: قالوا إذا كانت العارية مقيدة بعمل أو أجل لزمت، فلا يجوز الرجوع فيها حتى ينتهي ماقيدت به، وتقييدها بالعمل كان يقول له المعير أعرتك دابتي لتحمل عليها بضاعتك إلى بلدك، أو أعرتك هذه الأرض لتزرعها بطناً أو أكثر، وأمّا تقييدها بأجل فكأن يقول له اسكن داري شهراً أو سنة أو نحو ذلك، وهذا يجري في كل ما يعار من دابة، أو أرض، أو إناء وغير ذلك.

وأمّا أنّ كانت مطلقة، أي غير مقيدة بعمل أو أجل، كقول المعير أعرتك هذه الأرض أو هذه الدابة من غير تحديد بمدة أو عمل فرأيان: على المعتمد منهما وهو قول أشهب وابن القاسم أنّها لا تلزم، ويجوز الرجوع فيها في أي وقت، وعلى غير المعتمد تلزم إلى انقضاء مدة ينتفع فيها بمثلها عادة فليس للمعير أخذها قبله.[1]

وقال بهذا الرأي المالكية[2]، وبعض الحنابلة[3]، إلا أنّ هؤلاء قالوا إنّ عينت الاعارة بمدة معينة لم يكن له الرجوع حتى تنقضي، ومع الإطلاق (عدم تحديد مدة معينة للعارية) فإنّه لا يحق لصاحب العارية الرجوع فيها قبل انتفاع المستعير بها.

فالملاحظ على رأي بعض الحنابلة ههنا أنهم لم يدخلوا إلا التقيد بالزمن في الاعارة المقيدة، ولم يذكروا التقيد بالعمل كالمالكية، كما عرفت، كما أنّهم لم

(١) محل لزومها فيما أعير لغير البناء والغراس أو فيهما ان لم يدفع المعير للمستعير قيمة بنائه وغراسه على الخلاف الذي ستعرفه في مسألة الرجوع في اعارة الأرض للبناء والغراس وقال البعض محل لزومها في البناء والغراس لا غير إذا لم يدفع المعير القيمة، انظر العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٣ ص١٢٦. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير على أقرب المسالك، مصدر سابق، ج٣ ص٥٧٧.

(٢) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٦ ص ١٢٦. الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٧ ص٣٠١، الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٣ ص٥٧٧.

(٣) ابن مفلح، الفروع وبهامشه تصحيح الفروع للمرداوي، مصدر سابق، ج٤ ص٤٦٩. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٤.

ويرد على القول بأنَّ الحكم بلزوم العارية يؤدي إلى إيقاع الضرر بالمعير بأنّه هو الذي رضي بالضرر الحاصل له عندما التزم بالإعارة، نقول نعم ولكن ربما أصابته جائحة أو افتقر أو أُضطر إلى أخذ ماله المعار، فهل نحرمه منه بدعوى لزومها بدون دليل أصلاً، فالأسلم والأصوب القول بجواز الرجوع في أي وقت يشاؤه المُعير، وإن كان في رجوعه -أي المعير- إضرار بالمستعير يمكن تفاديه بايفاء العارية في يد المستعير بحكم الإجارة إلى حين زوال الضرر في بعضها كالأرض المعارة للزراعة، أو بالضمان في بعضها الآخر، كما سنعرف، فنكون بذلك قد جمعنا بين الحقّين: حق المُعير في عاريته بإيجاب الأجرة، وحق المستعير، في ماله بالإبقاء جبراً على المُعير مع دفع أجرة المثل، أو أخذ الضمان من المُعير في مقابل تجويز الرجوع.

الراي الثالث:

قالوا للمُعير الرجوع في العارية أي وقت شاء سواء أكانت مطلقةً أم مؤقتة ما لم يلزم من الرجوع في اثناء العارية ضرر بالمستعير، ومثال ذلك كأن يعيره لوحاً يرقع به سفينة، فرقعها به وسار في البحر لم يجز له الرجوع ما دامت في البحر، وله الرجوع قبل دخولها البحر، وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه.(١)

وهذا رأي جمهور الحنابلة وهو الراجح في المذهب عندهم.

---

(١) ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج ص ص ٣٥٠-٣٥١. ابن قدامة المقدسي، المقنع، مصدر سابق، ج١٥ ص ص ٧٠-٧٢. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٥ ص١٣٨. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٤١. ابن قاسم، الإحكام شرح أصول الأحكام، مصدر سابق، ج٣ ص٢٩٦. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٦٥. البعلي، الروض الندي، مصدر سابق، ص ٢٧٦. المرداوي، الإنصاف، ج٦ ص١٠٤.

ادلة الراي الثالث:

١. قال (صلى الله عليه وسلم): «لا ضرر ولا ضرار».[1]

وجه الدلالة: قلتُ: إنّ الرجوع إذا كان في مثل هذه الحالة التي ذكروا فيه ضرر عظيم على المستعير، ولذلك لا يمكن المُعير من إيقاع الضرر بالمستعير برجوعه فيما أعاره حتى ينتهي الضرر الواقع عليه.

٢. قالوا: ولكونها عقداً غير لازم لذلك يجوز الرجوع فيها.

٣. قالوا: لأنّ المنافع انّما تستوفى في العارية شيئاً فشيئاً، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها، والذي لم يستوفه لم يقبضه، فجاز الرجوع فيه، كالهبة قبل القبض.[2]

الراي الرابع«راي الاباضية»

قالوا إذا كانت الإعارة مقيدة بعمل أو أجل حرم على المُعير أخذها قبل وقتها ديانةً أي فيما بينه وبين الله عز وجل، وينافق بالرجوع، والمراد بالعمل كالحمل على الدابة لموضع كذا، والمراد بالأجل الاعارة الى سنة ونحو ذلك. أمّا قضاءاً فإنّه يُحكم برد العين المعارة إنْ طلبها صاحبها، ولو قبل انتهاء المدة المحددة أو العمل المستعارة لأجله.[3]

---

(١) رواه إبن ماجة، سنن ابن ماجة، مصدر سابق، ج٢ ص٧٨٤، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث ٢٣٤٠، وأخرجه الحاكم في المستدرك، مصدر سابق، ج٢ ص٥٢، قال عنه الحاكم حديث صحيح الاسناد على شرط مُسلم ولم يخرجاه. وأخرجه البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج٦ ص٦٩، كتاب الصُّلح، باب لا ضرر ولا ضرار وزاد فيه البيهقي بعد قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار من ضار ضره الله ومن شاق شق الله عليه. كما أخرجه الدار قطني، سنن الدار قطني، مصدر سابق، ج٣ ص٧٧، كتاب البيوع. قال الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، مصدر سابق، ج١ ص ٤٩٨، الحديث رقم ٢٥٠، قال عنه حديث صحيح، وأورد فيه ج١ ص٥٠٣ من نفس الكتاب قول بعض العُلماء، فيه قال: قال: النووي في أربعينه بأن طرق هذا الحديث وان كانت ضعيفة إلا أن بعضها يقوي بعض ونحوه أورد عن ابن الصّلاح قوله عن طرق الحديث: مجموعها يقوي الحديث ويحسنه وقد تقبله جماهير أهل العلم وأحتجوا به.

(٢) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٦٥.

(٣) إطفيّش، شرح النيل وشفاء العليل، مصدر سابق، ج١٢ ص١٢٧. البطاشي، غاية المأمول، مصدر سابق، ج٧، ص ص ١٣٦-١٣٧.

وقال صاحب النيل وشفاء العليل: بعدم الردّ قضاءاً أيضاً؛ لأنّ في الحكم بالرد قبل الأجل إعانة على نقض العَهْد، ونقضه معصية.(١)

أقول وظاهر كلامهم يقتضي أنه إذا كانت الاعارة مطلقةً فإنّه يجوز الرجوع فيها ولا يحرم ديانةً، ولا يمنع الرجوع قضاءاً أيضاً ويقتضي كلامهم ايضاً أنّ المعير لو رجع بعد انتهاء العارية المؤقتة فإنّه لا يحرم عليه الرجوع ديانةً.

وقال بعض الاباضية: إذا كان رجوع المُعير يُفسِد مال المستعير، أو مال بيده، أو نفسه، أو نفس غيره فلا يمكن من الرجوع حتى يصل ما يأمن فيه ذلك. وذلك مثل من استعار دابةً أو سفينة ليحمل عليها، فله أخذهما ما لم يضره، كأن يرجع في الدابة وسط الصحراء، حيث يتعرض المستعير لهلاك ماله أو نفسه، ولم يجد من يعيره أو يحمله حتى يصل إلى مأمن، وفي السفينة كأن يرجع بعد الابحار فإنّه يضر بالمستعير إذ لا يمكنه استعارة سفينة في حالة كهذه، فلا يجوز على ذلك الرُّجوع إلا بعد الوصول إلى المأمن.(٢)

أقول: وظاهر هذا الرأي الأخير للاباضية يقتضي أنّه لو انتهت مدة الإعارة المؤقتة فإنّه لا يجوز الرجوع إذا كان فيه ضرر على المستعير.

الدليل:

قالوا: الوفاء بالعهد واجب لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾(٣) وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتاً عند الله أنّ تقولوا ما لا تفعلون﴾.(٤)

وجه الدلالة(٥): أنّ المعير في حال إطلاق الاعارة من غير تقييد لا يكون قد ارتبط بعقد، فلا يدخل في الحرمة إذا رجع، وأمّا إذا قيّدها فقد إرتبط مع المستعير بعقد والوفاء به واجب بنص الآية ومخالفة مقتضى العهد حرام، لأنّ الآية فيها أمر والأمر للوجوب، ومخالفة الواجب حرام قطعاً.

---

(١) إطفيّش، شرح النيل، مصدر سابق، ج١٢ ص١٢٧.

(٢) المصدر ذاته، ج١٢ ص ١٢٧، ١٢٩.

(٣) المائدة: آية ١.

(٤) الصف: آية ٢.

(٥) إطفيّش، شرح النيل وشفاء العليل، مصدر سابق، ج١٢ ص ص ١٢٧-١٢٩.

فأمّا دليل بعض الأباضية والقائلين بعدم الرجوع في حال الضرر فهو:

لأنّ المستعير غير متعد، حيث استعمل العارية بإذن صاحبها، فالنزع في ذلك ضرر لايحل.(١)

التَرجيح:

والذي يرتاح إليه العقل وتطمئن له النفس هو قول الحنابلة وذلك للأسباب التالية:

أولاً: إنّ جميع المذاهب أطلقت أحكاماً عامةً في موضوع الرجوع في العارية فتجدهم قالوا بجواز الرجوع في أي وقت، ثم يعودون عن قولهم ويستثنون أموراً والسبب حُصول الضرر على المستعير، كمسألة الأرض المعارة للدفن وللزراعة وللغرس والبناء وغيرها من المسائل، فلو أنهم قالوا كقول الحنابلة لوقعت هذه الأمور والمسائل المذكورة وغيرها ضمن مذهبهم من غير حاجة إلى استعراض المسائل، فما كان منها فيه ضرر استثنيناه، وما كان ليس فيه ضرر أقررنا الرجوع فيه. هذا يقال لأصحاب الرأي الأول وهم الحنفية والشافعية والزيدية والامامية في الراجح عندهم والظاهرية.

أمّا المذهب المالكي: فقد حكم بلزومها في حال كونها مؤقتة، وهذا من شأنه إدخال المعير في الضرر بحبس ماله عنه، ومن شأن هذا الحكم أنّ يؤدي إلى إحجام الناس عن هذا الباب العظيم من أبواب التبرعات.

(١) المصدر ذاته، ج١٢ ص ص ١٢٧-١٢٩.

حكم الرجوع في العارية في القانون المدني الأردني

نصّت المادة (٧٦٣) من القانون المدني الأردني على أن «الاعارة عقد غير لازم ولكل من الطرفين إنهاؤه متى شاء ولو ضرب له أجل».

والقانون بهذا يكون قد أخذ برأي جمهور الفقهاء الذي مرّ بك، والظاهر من نص هذه المادة ونص المادة (٨٠٦) من المجلة المشابهة لها أنه ليس هناك إستثناء لهذه المادة.

أقول ولا تنفي هذه المادة إبقاء العارية في يد المستعير في حال تضرره بالرجوع إلى حين زواله، ولكن تبقى بأجرة المثل عن الفترة التي تلي الرجوع وهذا ما أشارت إليه المادة (٧٦٩) من القانون المدني الأردني في الفقرة الثانية منها.

المبحث الثالث: الرجوع في الأرض المعارة للدفن وآثاره.

لم أجد في حدود بحثي واطلاعي آراءاً للمالكية والظاهرية والحنفية والاباضية في هذه المسألة. في حين تطرق لها باقي فقهاء المذاهب، ومن الجدير بالذكر أنّ الشافعية انفردوا بوضع قيد في الميت الذي لا يجوز الرجوع في الأرض المعارة لدفنه وهو كون الميت محترماً، وهو عندهم كل ميت وجب دفنه، فيدخل فيه الزاني المُحصن وتارك الصلاة والذمي وقاطع الطريق، ولا يدخل فيه الكفار من غير أهل الكتاب والمرتدين.[١]

المطلب الأول:

الفرع الأول: أمّا قبل الدفن: فللميت حالتان: فإمّا أن يكون الميت قد وضع في قبره وقبل أن يدفن، وإمّا أنّه لم يوضع فيه بعد، فإن كان لم يوضع بعد وقبل الدفن فقد اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة والزيدية والأمامية على جواز الرجوع وإن كان القبر قد حُفر، وما إلى ذلك.[٢]

دليلهم: لأنّ الرجوع في هذه الحالة منعدم الضرر، وليس فيه انتهاك لحرمة الميت؛ لأنّه لم يدفن بعد.[٣]

الحالةالثانية: أمّا إن وضع في قبره، ولم يدفن بعد، فقد اختلف العلماء في هذه الحالة على رأيين، وهما:

الرأي الأول: جواز الرجوع ما لم يدفن الميت، وعلى ذلك يجوز الرجوع، وإن وضع في قبره قبل الدفن.

---

(١) الشراملسي، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص١٣٣.

(٢) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧٠. البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٦٥. ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٤ ص١٢٨. البحراني، الحدائق الناضرة، مصدر سابق، ج٢١ ص٤٨٢.

(٣) المصادر ذاتها، نفس الصفحات.

قال بهذا الرأي بعض الشافعية[١]، وهو رأي الحنابلة[٢]، وجمهور الإمامية، وهو الأقوى عندهم[٣]، وهو رأي الزيدية[٤].

أدلة الفريق الأول:

قلت: ويمكن أن يستدل لهم بما يلي:

١. إنّ الرجوع، والحالة هذه، منتفِ الضرر، وإنّما منع الرجوع خشية الضرر.

٢. ليس فيه هتك لحرمة الميت، وإنّما يكون ذلك بعد الدفن لا قبله.

الرأي الثاني: لا يجوز الرجوع في هذه الحالة، وهو رأي بعض الشافعية[٥]، وبعض الإمامية، وهو المرجوح عندهم.[٦].

دليلهم: قالوا إنّ في ذلك إزراء بالميت وإهانة له.[٧]

الفرع الثاني:

أمّا بعد الدّفن: فقد اختلفوا على رأيين، وهما:

الرأي الأول: قالوا لا يجوز الرجوع حتى يندرس الميت،[٨] أي حتى يصير تراباً لا

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٠. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٦. الحسيني، كفاية الأخيار، مصدر سابق، ص٢٣٩.

(٢) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٥. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧٠.

(٣) البحراني، الحدائق الناضرة مصدر سابق، ج٢١ ص٤٨٢. الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٥ ص٥٢٤.

(٤) الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٩. ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٤ ص١٢٨.

(٥) البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، مصدر سابق، ج٣ ص١٣٤. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، مصدر سابق، ج٥ ص١٣٣.

(٦) البحراني، الحدائق الناضرة، مصدر سابق، ج٢١ ص٤٨٢. العاملي، الروضة البهية شرح اللّمعة الدمشقية، مصدر سابق، ج٤ ص٢٥٨. الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٥ ص٥٢٤.

(٧) البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، مصدر سابق، ج٣ ص ١٣٤. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص١٣٣.

(٨) قال بعض العُلماء لا يرجع المعير حتى يصير الميت رميماً، وقال البعض حتى يبلى الميت أو يندرس. قال البهوتي من الحنابلة في كشّاف القناع، ج٤ ص٦٥: «ولعل الخلاف لفظي كما يُعلم من كتب اللغة فان معنى الرميم هو نفسه البالي» ومعنى ذلك أنهما ليسا قولين مختلفين.

يبقى منه شيء إلا عجب الذنب[١]، كما قال الشافعية، فإنّه لا يبلى، واندراس الميت يُعلم بمضي مدة يغلب على الظن اندراسه فيها.[٢]

وقال بهذا الرأي الشافعية[٣]، وجمهور الحنابلة وهو الراجح[٤]، والزيدية[٥] والإمامية[٦].

أدلة الرأي الأول:

١. لأنّ دفن الموتى للإستدامة والبقاء شرعاً وعرفاً.[٧]

٢. لأنّ الرجوع ونبش قبل الميت بعد الدّفن فيه هتك لحرمة الميت، وحرمته تنتهي بانتهاء أثره واندراسه.[٨]

٣. لأنّه دَفْنٌ بحق، أي بإذن، فلم يجز الرجوع لأجل ذلك.[٩]

٤. واستدل الزيدية بقوله صلى الله عليه وسلم في شهداء أُحد «يدفنون حيث صُرِعوا».[١٠]

---

(١) عجب الذنب: وهو مثل حبة خردل في طرف العصعوص لا يكاد يُرى بالمشاهدة، انظر البيجيرمي، البيجيرمي على الخطيب، مصدر سابق، ج٣ ص١٣٤.

(٢) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٦. البيجيرمي، البيجيرمي على الخطيب، مصدر سابق، ج٣ ص١٣٤. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧٠. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٦ ص٦٦.

(٣) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٦، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧٠.

(٤) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٥. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧٠. البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٦٥. علي أبو الخير، الواضح في فقه أحمد، مرجع سابق، ص٣٠٦.

(٥) الشوكاني، السّيل الجرار، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٩. ابن المرتضى، البحر الزخّار، مصدر سابق، ج٤ ص١٢٨.

(٦) البحراني، الحدائق الناضرة، مصدر سابق، ج٢١ ص٤٨٢. الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٥ ص٥٢٤.

(٧) الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٠. المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذّب، مصدر سابق، ج١٤ ص٢١٧.

(٨) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧٠.

(٩) الحسيني، كفاية الأخيار، مصدر سابق، ص٢٣٩.

(١٠) الشوكاني، السّيل الجرار، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٩.

وجه الدلالة: قالوا فإذا كُرِهَ التحويل عن المَصرع فالتحويل عن القبرِ أشدُّ كراهةً.

قلتُ: إنّ في الاستدلال بهذا الدليل نظر حيث إنّه خاص بالشهداء، ولا يجوز تعدية الحكم لغيرهم إلا بدليل، ولو فرضنا أنه يشمل غير الشهداء لكان للكراهة كما يقولون، والكراهة لا تمنع نقل الميت. والحاصل أنّ الحكم صحيح، ولكن الاستدلال عليه بمثل هذا الدليل استدلال في غير محله، والصحيح ما استدل به بقية العلماء القائلين بهذا الرأي.

الرأي الثاني[1] يجوز الرجوع قبل الدفن وبعده على حدٍ سواء، حيث تخرج عظام الميت، ويأخذ المعير أرضه متى شاء ولا أجرة له. وقال بهذا الرأي ابن الجوزي من الحنابلة.

الرأي المختار: والذي أميل إليه هو عدم جواز الرجوع قبل الدفن وبعده على حدٍ سواء، حتى يندرس الميت؛ لأنّ الرجوع قبل الدفن فيه إزراء بالميت وإهانة له وتأخير لدفنه، مع أنّ السنة الاسراع في دفن الميت، كما ورد في كثير من الأحاديث الشريفة، وأمّا بعد الدفن فلأنّ فيه نبشاً للقبر، والنبش محرم؛ لأنّ فيه هتكاً لحرمة الميت، وما شرع الدفن إلا للمحافظة على حرمته، وحرمته تنتهي باندراسه.

المطلب الثاني: الأجرة في الأرض المعارة للدفن:

لم يتطرق الى هذه المسألة من العلماء الذين بحثوها إلا الشافعية والحنابلة والزيدية، وقد اختلف هؤلاء العلماء في هذه المسألة على رأيين، وهما:

الرأي الأول: لا تجب الأجرة، وبه قال الشافعية[2]، وجمهور الحنابلة[3].

الأدلة: ١. إنّ العرف غير جارٍ بذلك.

٢. إنّ الميت زائل الملك، والأولياء لا يلزمهم دفع الأجرة.

(١) المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٥. البهوتي، كشّاف القِناع، مصدر سابق، ج٤ ص ٦٥.

(٢) المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٤ ص٢١٧. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٠. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧٠.

(٣) ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج٥ ص١٤٢.

الرايالثاني: تجب الأجرة من يوم الرجوع حتى يندرس الميت أو يحتاجه سيل.

وقال بهذا الزيدية[1]، وبما يشابهه قال بعض الحنابلة[2] الذين ذكروا أنَّ الأجرة تجب في كل ما استعير.

الأدلة: قاس بعض الحنابلة هذه المسالة على مسألة الرجوع في الأرض المعارة للزرع المتفق على وجوب الأجرة فيها عندهم لاستوائهما في الموجب لذلك، وهو الجمع بين الحقين: حق المعير في أرضه، وحق المستعير في عدم وقوع الضرر عليه.

الرايالراجح: والذي أميل إليه في هذه المسألة هو عدم وجوب الأجرة للأسباب التالية:

١. لأنَّ فيه ضرراً على ورثة الميت، من حيث تكليفهم بأجرة يطول زمانها.

٢. لأنَّ فيه ذريعة تؤدي إلى التلاعب بالناس، وتوريطهم بأمور لا يطيقونها.

٣. لأنَّ العرف لم يجرِ بذلك.

مسالة: إذا جرف قبر المدفون سيل أو نبشه سَبعٌ فهل للمعير الرجوع؟

لم يتعرض أحدٌ من العُلماء لهذه المسألة سوى علماء الشافعية، وقد كان لهم في هذه المسألة رأيان، وهما:

الرايالأول: قالوا ليس له الرجوع، ويجب إعادته إلى قبره.[3]

الدليل: لأنَّ القبر صار حقاً مؤبداً له.

الرايالثاني: قالوا إذا حمله السيل الى موضع مُباح يمكن دفنه فيه من غير تأخير منع اعادته، ومعنى من غير تأخير أي عن مدة إرجاعه لموضعه الأول بأن كان مساوياً أو أقرب[4].

الدليل: ويمكن أن يستدل لهذا الرأي بما يلي:

إنّ منع الرجوع كان خشية لحوق الضرر بالميت، وحيث أخرجه السيل وأمكن دفنه في غير الموضع المستعار وجب دفنه فيه، حيث انتفى الضرر مراعاة لعدم لحوق الضرر بالمعير. وبهذا يستوي الحقّان.

(١) ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٤ ص١٢٨.

(٢) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٥. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٥ ص١٤٢.

(٣).(٤) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧٠. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص١٣٤. الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٠.

مسالة: مؤنة الحفر فيما رجع فيه قبل الدفن.

إذا رجع المعير قبل أن يتمكن أولياء الميت من دفنه فمن يضمن مؤنة الحفر (أجرته وتكلفته) أهو ولي الميت، أم الميت من ماله الذي تركه، أم المعير؟ اختلف علماء الشافعية والإمامية في هذه المسالة على رأيين.

الراي الأول: إنَّ ضمان المؤنة يكون على المُعير في أي حال؛ لأنّه المورط لأولياء الميت في ذلك، وهذا رأي الشافعية.[1]

الراي الثاني: إنَّ الضمان لا يكون على المُعير بحال بل إمّا أن يكون على الميت من ماله الذي تركه، وإمّا أن يكون على الولي. ويكون على الولي لا على الميت إلا إذا تعذر عليه -أي ولي الميت- غير المكان المستعار، فتكون في هذه الحالة على الميت لا على الولي. وهذا رأي الإمامية.[2]

الدليل: في حالة وجوبها على ولي الميت، وذلك لتقصيره بقدومه إلى هذه الأرض المستعارة التي يصاحبها الرجوع فيها قبل الدفن، فلا تكون أجرة الحفر فيها على الميت. أمّا في حال عدم تمكنه من الدفن إلا في هذه الأرض المستعارة فلا تجب على الولي لعدم تقصيره.

الراي المختار في هذه المسالة:

والذي أميل إليه هو اعتبار الضمان على المعير فحسب؛ لأنّه تبرع ثم نكص عن تبرعه، ولأنّه ورّط أولياء الميت وكلفهم، فهو المتسبب بذلك كله، وهو وحده من يتحمل تبعات تصرفاته.

---

(١) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٥، ص١٣٤. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص١٣٤.

(٢) العاملي، الروضة البهية، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٢٥٨-٢٥٩. البحراني، الحدائق الناضرة، مصدر سابق، ج٢١ ص٤٨٢. الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٥ ص٥٢٤.

رأي القانون المدني الأردني في الرجوع في الأرض المعارة للدفن

لم ينص القانون المدني الأردني على شيء بهذا الخصوص، ولا كذلك المجلة وفي هذه الحالة يكون مرجع القانون إلى الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة حسب ما هو معروف.

المبحث الرابع:الرجوع في الأرض المعارة للزراعة.

ويقصد بالزراعة هنا ما يزرع ويُحصد، كالقمح والشعير والحمص والعدس وسائر الحبوب، والخضروات التي تزرع في زماننا هذا بكثرة، حيث إنّ لها مدة لا تطول وموسماً تنتهي به، ثم لا تعود مرة أخرى على خلاف الأشجار المثمرة، فإنّ زمانها يطول، وليس لها نهاية محددة، وعلى ذلك يكون ضرر بقائها أكثر وأعظم من بقاء الزرع تلك المدة القصيرة التي لا يمكن أن يجاوزها حتى يُحصد وينتهي وبناءً على ذلك فرّق العلماء -رحمهم الله- بين الزراعة والغرس، وأعطوا لكل واحدة منهما حكماً منفرداً عن الأخرى.

وقد اختلف العلماء في حكم الرجوع فيها قبل الزراعة وبعدها على النحو التالي:

أمّا قبل الزراعة: أي قبل أن يباشر المستعير زراعة الأرض:

فقد اتّفق جمهور العلماء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤]، والامامية[٦]، على جواز الرجوع في هذه الحالة سواء أكانت الإعارة مطلقة[٧] أم مؤقتة[٨] دون ترتب أي شيء على المُعير أو المستعير.

الدليل: وذلك لعدم الضرر.

أمّا المالكية[٩]: فقد منعوا الرجوع فيها قبل الزراعة إذا كانت مقيدة بعمل أو أجل، وأمّا في حال كونها مطلقةً فقد اختلفوا، على ما ستعرف مفصلاً في رأيهم لاحقاً في هذه المسألة.

---

(١) السمرقندي، **تحفة الفقهاء** مصدر سابق، ج٣ ص١٨٠.

(٢) النووي، **روضة الطالبين**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٤٠.

(٣) ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص٣٥١.

(٤) ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٩ ص١٦٩.

(٦) الكركي، **جامع المقاصد**، مصدر سابق، ج٦ ص٧٣.

(٧) ويُقصد بها الاعارة التي لا تكون محددة بمدة زمنية محددة كشهر أو سنة أو نحو ذلك.

(٨) ويُقصد بها الاعارة التي تكون محددة بزمن معين كشهر أو موسم أو سنة أو نحو ذلك وبعض العلماء كالمالكية يعبر عن هذا المعنى بلفظ "مقيدة" ليشمل التحديد الزمني أو التحديد بعمل معين كسكنى دار شهراً أو أكثر أو زراعة أرض بطناً أو أكثر أو صناعة شيء معين ونحو ذلك.

(٩) العدوي، **حاشية علي العدوي على شرح الخرشي**، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٦.

الأدلة: سبق سردها في حكم الرجوع في العارية ضمن أدلة مذهبهم أمّا بعد الزراعة: فقد اختلف العُلماء فيها على ثمانية آراء، وهي:

الراي الأول: رأي الحنفية: قالوا للمعير أن يرجع في الأرض المعارة للزراعة فتبطل العارية في هذه الحالة، ولكنه لا يملك -أي المُعير- استرداد الأرض فتبقى في يد المستعير بأجر المثل من حين رجوعه إلى حصاد الزرع، مطلقة كانت أم مؤقتة.[1].

الأدلة:[2]

أولاً: على وجوب أجر المثل:

قالوا لأنّ في ايجاب الأجرة مراعاة للحقّين، والنظر إلى الحقين عند الامكان واجب، ويقصد حق المعير في الاسترداد، وحق صاحب الزرع في زرعه ، فوجبت الأجرة جمعاً بين حقّيهما.

ثانياً: لأنّ لها وقتاً تنتهي إليه، ومدته يسيرة بخلاف الغرس والبناء، فإنّ المعير يتضرر لطول مدة هذه الأشياء.

أمّا دليلهم على تبقيتها في يده إلى الحصاد:

١. للضرر الحاصل من جراء أخذها منه.

٢. ولأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً: أي أنّ العرف جارٍ على أن يبقى الزرع حتى حصاده ولا يقطع قبل ذلك، فيُعدُّ هذا كأنّه مشروط عند ابتداء العقد.

الراي الثاني: «رأي المالكية»

قالوا إذا كانت مقيدة بعمل أو أجل لزمت لانقضائهما، فتقييدها بعمل كزراعة الأرض بطناً أو أكثر مما لا يخلف كقمح، أو مما يخلف (يتجدد) كبرسيم أو قصب، وتقييدها بالأجل كزراعتها سنة أو أكثر أو نحو ذلك، وتكون لازمة قبل الزراعة وبعدها على حد سواء.

وأمّا إذا كانت مطلقة، أي لم تقيّد بعمل أو أجل، كقول المعير أعرتك هذه الأرض لتزرعها، ولم يحدد موسماً أو أكثر أو سنة أو سنتين أو نحو ذلك، فقد اختلفوا في هذه الحالة على رأيين هما:

---

(١) السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج٣ ص١٨٠. ابن عابدين، تكملة رد المحتار، مصدر سابق، ج٨ ص٤٨١. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٢. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٨٣.

(٢) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١١ ص١٤٢. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٢.

الراي الأول: للمعير أن يرجع في أي وقت، ولا يلزمه انقضاء مدة ينتفع فيها بمثلها عادة. أي لا يلزمه إبقاؤها في يد المستعير إلى أن ينتفع بها الانتفاع المعتاد. وهذا هو الرأي المعتمد في المذهب.[١]

الدليل: لأنّ المستعير مقصر في عدم تحديد المدة.

أقول تعليقاً على هذا الرأي: إنّ ظاهره يقتضي أنّ المعير إذا رجع فلا يلزم بابقاء الأرض في يد المستعير إلى الحصاد.

الراي الثاني: يلزم بقاء الأرض في يد المستعير إلى انقضاء مدة ينتفع فيها بمثلها عادة، وهو عكس الرأي الأول تماماً، وهو غير معتمد في المذهب كما عرفت آنفاً.[٢]

الدليل: لأنّ العادة والعرف كالشرط، وهذا معناه أنّ مقدار الزراعة معلوم فهو عادة إلى الحصاد، فهو كالأجل المعلوم تماماً، فكأنّه عندما استعار الأرض للزراعة ولم يحددها بمدة معينة فكأنه استعارها إلى نهاية الموسم؛ لأنّ هذا هو مقتضى العرف والعادة.

وقد جاء في حاشية الرهوني: والظاهر أنّه لا رجوع للمعير في إعارة الأرض إعارة مطلقة للزراعة، حتى ولو قبل أن يزرعها المستعير فليس للمعير منعه.[٣]

الراي الثالث: وهو رأي الشافعية:[٤] قالوا العارية إمّا مطلقة أو محددة بمدة (مؤقتة)، فإن كانت مطلقة، فإن كان الزرع مما يحصد قصيلاً (أخضر) كالبرسيم ونحوه فيحصد نقص أم لم ينقص في وقت جرت العادة بقطعه فيه.

وإن لم يكن قصيلاً فإمّا أن يضره القلع ويُنقص من قيمته، أو لا يضره فإنْ كان لا يُنقصهُ القلع قُلع مجاناً، لأنّه رجوع في العارية من غير ضرر.

وأمّا إن كان القلع يُنقص من قيمته فقد اختلفوا في ذلك على آراء ثلاثة، وهي:

الراي الأول: أنّ للمعير أن يقلع ويغرم أرش النقص للمستعير، وهو الفرق ما بين قيمة الزرع قائماً إلى نهاية المدة ومقلوعاً حين القلع.

(٢،١) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج ٦ ص١٢٦. الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، مصدر سابق، ج٣ ص٥٧٧.

(٣) الرهوني، حاشية الرهوني، مصدر سابق، ج٦ ص٢٠٣.

(٤) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤ ص٤٤٠. الرّملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص١٤١. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧٣.

الراي الثاني: أن للمعير تملُّكه بالقيمة في الحال.

ومعنى في الحال: أي كم يساوي حين الرجوع لا إلى نهايته.

الراي الثالث: وهو الصحيح عندهم أنّه لا تثبت واحدة من هاتين الخصلتين السابقتي الذكر، بل يُلزم المعير بإبقاء الزرع إلى حين الحصاد.

الدليل: لأنّ للزرع أمداً (أي وقتاً) ينتهي إليه بخلاف الغرس والبناء.

وقد اختلف أصحاب هذا الرأي في وجوب الأجرة على المستعير من حين رجوع المعير إلى حين الحصاد على رأيين، وهما:

الراي الأول: لا أجرة عليه.

الدليل: لأنّ منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة.

الراي الثاني: وهو الأصح، أنّ عليه الأجرة من حين الرجوع إلى الحصاد، وهو رأي جمهور الشافعية.

الدليل: لأنّه إنّما أباح له المنفعة إلى وقت الرجوع فاشبه من أعار دابة إلى بلد ثم رجع في الطريق، فإنّ عليه نقل المستعير إلى مأمن بأجر المثل.

وأمّا إذا كانت مؤقتة، فكالمطلقة فيما سبق، لكنْ أنّ إنقضت المدة والزرع لم يدرك حصاده فهناك حالتان:

أولهما: أنّ كان تأخر نضوج الزرع لتقصير المستعير في الزراعة بالتأخير أو زرع غير الصنف المتفق عليه، مما يتأخر أكثر، قلع مجاناً ويلزمه تسوية الأرض.

وثانيهما: إن لم يكن مقصراً بأن زرع في المدة، ولكن تعرض الزرع لآفة أخّرت نموه، أو كانت المدة قليلة لا تكفي للنضوج، فإنّه لا يقلع، بل يبقى بأجرة المثل إلى الحصاد.

الراي الرابع: رأي الحنابلة[1]: قالوا لا يجوز للمعير الرجوع حتى يُحصد الزرع، سواء في ذلك الاعارة المطلقة والمقيدة، إلا إذا كان الزرع مما يُحصد قصيلاً (أخضراً) كالبرسيم، فيجوز للمُعير قطعه في وقت جرت العادة بقطعه فيه، لعدم الضرر.

واختلفوا في وجوب الأجرة من بعد الرجوع، وسيأتي تفضيل ذلك بعد الأدلة.

(١) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٧ ص٣٥١. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧١. البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٤٢. البعلي، الروض الندي، مصدر سابق، ص٢٧٦.

الدليل: قال صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولاضرار»[1] فالرجوع في مثل هذه الحالة فيه ضرر عظيم على المستعير، ومن أجل ذلك منع الرجوع.

وأمّا اختلافهم في وجوب الأجرة بعد الرجوع حتى الحصاد فقد كان على رأيين، وهما:

الراي الأول: قالوا على المستعير أجرة المثل لهذه الأرض التي استعارها من حين رجوع المعير إلى حصاد الزرع، وهذا رأي جمهور الحنابلة.[2]

الأدلة:

١. لأنّ في دفع الأجرة جمعاً بين الحقين: (حق الرجوع للمعير فيما أعار، وحق المستعير في حفظ ماله من الضياع).[3]

٢. ولوجوب تبقية المستعير في أرض المُعير إلى أوان الحصاد قهراً عليه.[4]

الراي الثاني: ليس على المستعير أجرة في هذه المسألة، ولا في غيرها. قال بهذا بعض الحنابلة.[5]

دليل الراي الثاني:

١. لأنّ حكم العارية باقٍ فيها، لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض.[6]

أقول: بالنظر إلى هذين الرأيين المتقدمين في مذهب الحنابلة نجد أنّ الرأي الأول يناقض المذهب؛ لأنّ المذهب ينص على أنّ للمعير الرجوع في العارية، أي وقت شاء، سواء أكانت الاعارة مطلقة أم مؤقتة، ما لم يحصل بسبب الرجوع ضرر للمستعير.

ومعنى هذا أنّ حكم الإعارة يظل جارياً فيها حتى يزول الضرر، ولا يزول الضرر في هذه الحالة إلا بالحصاد. ففي ايجاب الأجرة نقض للمذهب الذي يجري

---

(١) سبق تخريجه ص، ١٤٧.

(٢) المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٩.

(٣) ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج٧ ص٣٥١.

(٤) علي أبوالخير، الواضح في فقه الامام أحمد، مرجع سابق، ص٣٠٦.

(٥) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٩. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧٠. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٥ ص١٤٠. إبن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٧ ص٣٥١.

(٦) ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج٧ ص٣٥١. المرداوي الانصاف، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٩.

حكم الاعارة إلى الحصاد. وعلى هذا فإنّي أرى أنّ الرأي الثاني الذي لا يوجب الأجرة متوافق تمام التوافق مع رأي المذهب، وايجاب الأجرة يستساغ على رأي الأحناف الذين أبطلوا جريان حكم الاعارة بعد الرجوع، حيث قالوا إنّ الاعارة تبطل إذا رجع المُعير، ولكن تبقى الأرض بيد المستعير بأجر المثل بسبب الضرر الذي يلحق به لو أخذت منه.

الرأي الخامس «رأي الظاهرية»[1]

للمعير أن يرجع في أي وقت شاء مطلقة كانت أم مؤقتة، من غير تكليف عوض وحكمهم هذا جار في هذه المسألة، وفي كل ما يُعار.

الأدلة: لقد سبق عرض أدلتهم ضمن أدلة الرأي الأول في مبحث حكم الرجوع في العارية.

الرأي السادس: «رأي الزيدية»

قالوا إمّا أن يكون المستعير مقصراً بتأخير القاء البذر ونحوه أولا فإن لم يكن مقصراً فله الخيار بين أمور ثلاثة، وهي:

اولها: إن شاء طلب من المعير قيمة زرعه قائماً ليس له حق البقاء (أي قيمته عند قلعه لا إلى وقت انتهائه وحصاده).

ثانيها: وإن شاء قلع زرعه، وأخذ أرش النقص، ومعنى هذا الخيار أن تقدر قيمة الزرع إلى الحصاد كم تساوي، وتقدر قيمته عند قطعه كم تساوي أيضاً. ويعطى المستعير فرق ما بينهما، وهو الأرش إضافة لزرعه الذي قلعه.

وثالثها: إن شاء المستعير أبقى الزرع إلى الحصاد مقابل أجرة المثل يدفعها للمعير.

وقالوا -أيضاً- ويثبت هذا كله في حال عدم تقصير المستعير من غير فرق فيما إذا كان رجوع المُعير قبل أو بعد انقضاء الوقت في الإعارة المؤقتة، أو الوقت المعتاد في المطلقة ويقصدون به الموسم.

وأمّا إن كان المستعير مقصراً في إلقاء البذر ونحوه، فله الخيارات الثلاثة التي ذكرناها في الحالة الأولى بشرط أن يكون رجوع المعير قبل انقضاء الوقت المُعين

---

(١) ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص١٦٩.

في المؤقتة، أو الوقت المعتاد في المطلقة، وأمّا إذا كان رجوع المعير بعد انقضاء الوقت فلا خيار للمستعير، بل يأمره المُعير بالقلع، أو يضرب عليه من الأجرة ما يشاء، فهي مقابل تبقية زرعه إلى الحصاد.

الراي السابع «مذهب الإباضية»

قالوا إذا انقضت مدة الاعارة قبل إدراك الزرع فلا يجبر المستعير على قلعِه حتى يدرك حد الحصاد وعليه أجرة نقصان الأرض من حين انقضاء المدة المحدودة في عقد الإعارة. قلتُ: إنّ مقتضى هذا الرأي في حال انقضاء الاعارة المؤقتة للزرع أنّه لا يقلع على جميع الأحوال سواء في ذلك التقصير وعدمه. بعكس ما قاله الشافعية والزيدية إنه إذا قصر فإنه يقلع مجاناً وان لم يُقصر فلا يقلع مجاناً، ثم إنّهم اختلفوا عن بقية العُلماء، حيث أوجبوا الأجرة ليس من حين الرُّجوع كما قال جماهير العُلماء، بل أوجبوها من حين انتهاء المدة، وذلك بسبب قولهم بلزومها إذا كانت مؤقتة، والله أعلم.

وأمّا في حال كون الاعارة مطلقة فلم أجد نصاً صريحاً بذلك، ولكن على ضوء الحكم العام الذي تقدم في رأيهم في حكم الرُّجوع في العارية يمكن القول بعدم جواز الرُّجوع حتى يحصد المستعير زرعه؛ لأنّ في الرُّجوع قبل الحصاد ضرراً.

الدليل: لأنّ المستعير غير متعدٍ، حيث استعمل العارية بإذن صاحبها فالنزع في ذلك ضرر لا يحل.

الراي الثامن: رأي الإمامية

قالوا إذا شرط المُعير على المستعير القلع مجاناً حين الرجوع كُلّف المستعير بالقلع مجاناً من غير أرش، وإن لم يشرط عليه القلع، لكنه أراده من غير إجبار كان له ذلك؛ لأنّه مُلكه.

أمّا في حال عدم اشتراط القلع، وكان الزرع يُحصد قصيلاً قطع من غير ضمان، لانتفاء الضرر، ومع الضرر الأرش.

فإن لم يكن قصيلاً، ولم يشرط عليه القلع، مجاناً في وقت الرجوع، ورجع قبل أوان الحصاد فقد اختلفوا على رأيين، وهما:

الرأي الأول: قالوا يجب على المُعير أن يُعطي المستعير أرش النقص -وهو عندهم الفرق بين كون الزرع قائماً إلى انقضاء المدة ومقلوعاً قبل انقضائها، وليس للمعير المطالبة بقلع الزرع بدون هذا الأرض. ويأخذ المستعير هذا الأرش، ويأخذ زرعه المقلوع، وذلك سواءً أكانت العارية مؤقتة أم مطلقة. وهو رأي جمهور الإمامية، وهو الراجح عندهم.

الدليل: قال صلى الله عليه وسلم: «من بنى في رباع قوم بإذنهم فله قيمته»[1]

الرأي الثاني: قالوا ليس للمعير الرجوع قبل حصاد الزرع ولو دفع للمستعير أرش النقص، وتبقى الى الحصاد من غير أجرة. وهذا رأي بعض الإمامية.

ادلة الرأي الثاني:

اولاً: لأنَّ له مدة فينتظر لانقضائها.

ثانياً: لأنَّ مقتضى العارية الانتفاع بغير عوض.

ثالثاً: أقول، ويمكن الاستدلال لهم، فإنَّ ايجاب الأجرة على المستعير، أو اجباره على القلع بالأرش ونحوه، فيه ضرر على المستعير، وفيه توريط له بأمر لم يحسب حسابه، وتكليفه نفقات لم يقدرها، ولو كانت في الحسبان لامتنع عن الزراعة بأرض مستعارة أصلاً.

مناقشة الآراء الفقهية:

وباستعراضنا للآراء الفقهية في هذه المسألة نجد ما يلي:

أمّا بالنسبة للحنفية وجمهور الحنابلة فإنَّ رأيهم رفع الضرر عن المستعير تارة وأوقعه عليه تارة أخرى، فقد رفعه عندما أوجب إبقاء الأرض في يده حتى يحصد الزرع، وأضرَّ به بايجاب الأجرة التي ستثقل كاهله، وتوقعه في أمر لم يعد العدة له.

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه، مصدر سابق، ج٦ ص٩١، كتاب العارية، باب من بنى أو غرس في ارض غيره، كما أخرجه الدارقطني في سننه، مصدر سابق، ج٤ ص٢٤٣، قال العلامة أبو الطيب في كتابه **التعليق المغني على الدار قطني** المطبوع على هامش سنن الدارقطني: الحديث فيه عمرو بن قيس المكي المعروف بسندة تركه أحمد والنسائي والدارقطني، وقال يحيى ليس بثقة، وقال البخاري منكر الحديث، كما رواه كنز العُمال، مصدر سابق، ج١٠ ص٦٤٣، كتاب الغصب، رقم الحديث ٣٠٣٧٣ .

أمّا المالكية فقد حكموا بلزوم التبرع وهو إخراج للعارية عن حكمها، حيث هي إمّا هبة منفعة، أو إباحتها، وليست تمليكاً للعين عند أيّ من العلماء. ولا شك أنّ في قولهم هذا من الضرر الشيء الكثير، إذ ينتج عنه إحجام الناس عن هذا الباب العظيم من أبواب الخير والمعونة.

أمّا رأيا الشافعية والزيدية فإنّ القولين الأولين فيهما هما أنّ للمعير أن يقلع ويغرم أرش النقص، أو التملك بالقيمة قولان جائزان، وليس فيهما من الانصاف والعدل شيء؛ لأنّ الأول منهما، وهو غرامة أرش النقص، فيه تضييع لمال المستعير، حيث سيضطر إلى بيع زرعه المقلوع بأبخس الأثمان إن وجد أحداً يشتريه، وهذا هو الضرر بعينه، وأمّا القول الآخر، وهو التملك بالقيمة، فإنّه ذريعة لإفساد أموال الناس، وأكلها بالباطل، وتضييع لحقوقهم بمثل هذه الأعمال والتي ستفتح للمتحايلين باباً واسعاً بأن يتحكموا في رقاب الناس وأموالهم.

أمّا رأي الظاهرية فإنّ فيه إجحافاً ظاهراً بحق المستعير، وفيه اضرار به وفيه ذريعة لافساد الأموال، حيث يكون المجال جد واسع لمن أراد الانتقام من أحد الناس أنّه يستدرجه لعارية ما، ثم بعد أن يتورط ويزرع، أو يبني يقوم بأخذها مجاناً من غير عوض، وما لهذا شرعت العارية؛ إذ هي معونة وارتفاق، وفي هذه الحالة تكون إضراراً وشقاقاً، وهو ينافي الغرض من تشريعها وإباحتها.

وأمّا قول الأمامية الأول فيقال فيه ما قيل في رأي الشافعية الأول وقد تقدم أنفاً.

وأمّا قول الاباضية ففيه إضرار بالمعير؛ لأنّه يكلفه بالصبر بعد نهاية المدة المتفق عليها إلى الحصاد، ولو كان السبب تقصير المستعير بتأخير الزراعة، أو زراعة غير الصنف المتفق عليه مما له مدة تطول.

الرأي المختار:

وبعد هذه النظرة الفاحصة في أقوال العلماء، والتي تقدمت في هذه المسألة فإنّي أميل إلى رأي بعض الشافعية القائل بوجوب إبقاء الأرض في يد المستعير إلى الحصاد من غير أجرة إذا كانت الاعارة مطلقة أو مؤقتة، لكن إن انقضت المدة والزرع لم يدرك حصاده فهناك حالتان سبق بيانهما في الرأي الثالث في هذه المسألة.

وأمّا أسباب ترجيح هذا الرأي فهي ما يلي:

١. إنّ في إيجاب الأجرة، أو إجبار المستعير على القلع بالأرش ضرراً على المستعير، وفيه توريط له بأمر لم يحسب حسابه وتكليفه نفقات لم يقدرها، وربما لو كانت معلومة لديه من بداية الأمر قبل الزراعة لاحجم عنها، فتفادياً لهذه الأضرار الجسيمة الواقعة على المستعير تبقى الأرض بيده إلى حين الحصاد من غير أجرة. فإن قيل إنّ في هذا الحكم ايقاعاً للضرر بالمعير بحرمانة من نفع أرضه وجبره على تبقيتها في يد المُستعير، والأولى الجمع بين الحقين بايجاب الأجرة إلى الحصاد أو القلع بالأرش، قلنا إنّ المعير هو الذي رضي باحتمال الضرر من البداية فيجبر على تحمله، ثم إنّ ضرر المعير أخف من ضرر المستعير الذي زرع، وكلف نفسه، ثم يحكم له بأرش، قد لا يكون عادلاً، أو تكليفه بأجرة لم يحسب حسابها، ولو كانت في الحسبان لامتنع أصلاً. فعلى هذا نأخذ بأخف الضررين، فيجبر المعير على تحمل ما بقي من المدة، وهي يسيرة لا تشكل حرجاً أو ضيقاً، فإنّما هي بضعة أشهر لا أكثر ولا تمنع التصرف بالأرض بالبيع أو الشراء.

٢. ولأنّ هذا هو مقتضى العارية، وهو الانتفاع بغير عوض، ففي ايجاب الأجرة الى حين الحصاد منافاة لهذا المقتضى.

٣. إنّ هذا الرأي راعى جانب المعير والمستعير معاً، عندما أوجب القلع مجاناً على المستعير إذا تأخر نضوج الزرع عن المدة المتفق عليها، وكان السبب تقصير المستعير في الزرع بتأخيره، أو زراعة غير الصنف المتفق عليه.

المبحث الخامس: الرجوع في الأرض المعارة للغرس والبناء

قلنا إنّ المراد بالغرس هو الأشجار على اختلاف أنواعها؛ لأن زمنها يطول وبالطبع لا يدخل في اسم الغرس الزروع المختلفة التي تزرع وتحصد أولها موسم تنتهي به كالقمح والشعير والخضار، حيث زمانها قليل، وقد عرفنا في التمهيد لباب الرجوع في الأرض المعارة للزرع أسباب تفريق العلماء بين ما أعير للزرع وبين ما أعير للغرس. حيث أعطوا لكلٍ منهما حكماً يختلف عن الآخر.

مسألة: اشتراط المعير على المستعير القلع مجاناً:

اتفق الشافعية[1]، والحنابلة[2]، والإمامية[3]، والزيدية[4] على أنّ المعير إذا اشترط على المستعير في وقت أو عند رجوعه القلع مجاناً، فإنّ المستعير يجبر على القلع مجاناً من غير ضمان.

الأدلة:[5]

أولاً: قوله صلى الله عليه وسلم: «المؤمنون عند شروطهم».[6]

ثانياً: ولأنّ المستعير رضي بالتزام الضرر الذي يدخل عليه بالقلع، فكان هو الضامن لنفسه، ولم يكن مغروراً بغيره.

وأمّا إذا لم يحصل اشتراط من قبل المعير على المستعير بأن يقلع مجاناً عند الرجوع، فقد تباينت آراؤهم فيما يخص الرجوع وما يتبعه من آثار، كالضمان الذي هو التعويض عن ضرر الرجوع بمعنىً آخر. وإليك آراؤهم مفصّلة بأدلتها.

الراي الأول: رأي الحنفية.

قالوا يجوز الرجوع في الأرض المعارة للغرس والبناء في أي وقت، سواء قبل الغرس والبناء، أو بعدهما، وسواءً أكانت الإعارة مطلقة أم مؤقتة، ويكلف

---

(١) المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج١٤ ص ص ٢١١-٢١٣. الماوردي. الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٨.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٧ ص٣٥٣. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، مصدر سابق، ج٥ ص١٤٠. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٦٦.

(٣) الكركي، جامع المقاصد على قواعد الأحكام، مصدر سابق، ج٦ ص٧٣.

(٤) ابن المرتضى، البحر الزخّار، مصدر سابق، ج٤ ص١٢٨.

(٥) المصادر ذاتها، نفس الصفحات.

(٦) سبق تخريجه في ص ١٠٢.

المعير المستعير قلع بنائه وغرسه، ويسترد أرضه مع اختلافهم في وجوب الضمان على المعير للمستعير، وإليك آراؤهم في ذلك.

فرّق عُلماء الحنفية في إيجاب الضمان بسبب الرجوع بين كون العارية مطلقة (أي لم يحدد لها وقت، كقوله أعرتك هذه الأرض لتغرسها أو لتبني فيها لمدة سنة أو نحو ذلك) وبين كونها مؤقتة بزمن كسنة ونحو ذلك.

أمّا في حال كونها مطلقة على ما تقدم بيانه آنفاً، فقد اختلف علماء الحنفية في ترتيب الضمان على المعير بعد رجوعه على قولين، وهما:

الراي الأول: لا ضمان على المعير بعد الرجوع في حال كون الإعارة مطلقة. وهو رأي جمهور الحنفية.[١]

الأدلة:

اولاً: لأنّ المُعير لم يغرر بالمستعير، وأنّ المستعير مُغتر غير مغرور، حيث اعتمد إطلاق العقد وظنّ أنّه يتركها في يده مدة طويلة.[٢]

ثانياً: قلتُ: ويمكن أن يُستدل لهم بأنّ المستعير يعلم أنّه عندما استعار أنّ العارية غير لازمة، وأنّ لصاحبها أن يأخذها متى شاء فلما أقدم فقد صار راضياً بالضرر الحاصل له بالقلع والهدم فلا ضمان له.

ثالثاً: قالوا ولأنّ هذا هو مقتضى العارية: أي الانتفاع من غير ضمان.[٣]

ويرد على الدليل الثالث وهو أنّ مقتضى العارية الانتفاع من غير ضمان القول بأنكم قلتم بعدم الضمان، لكونها عارية، ولكون هذا مقتضاها، فما بالكم أوجبتم الضمان فيها عندما تكون مؤقتة. أليست هذه عارية؟ وتلك عارية ومقتضاها كما تقولون الانتفاع من غير ضمان أو عوض، وهذا يقتضي منكم القول بعدم الضمان عند الرجوع في العارية المؤقتة، ولكنّكم أوجبتم الضمان في حال كونها مؤقتة وهذا عين التناقض، ثم أنّ في استدلالكم هذا تحكماً واضحاً

(١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١١ ص١٤١. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٢.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٨٢.

(٣) السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ص٥٣٧.

بالدليل، ولا يجوز التحكم بالدليل فيعمل به تارة ويلقى تارة أخرى، وعلى هذا أقول إنَّ هذا الدليل لا يَصلُح، بأي حال، أن يكون لكم دليلاً على ما قلتم لما تقدم.

الراي الثاني:

قالوا يكون البناء والغرس للمُعير، ويضمن قيمته مبنياً لصاحبه مطلقة كانت الإعارة أم مؤقتة. «أي كم يساوي، وهو مبني على أرضه وليس في حال كونه مقلوعاً». وهو رأي بعض الحنفية.[1]

الدليل: لأنَّ دفع الضرر من الجانبين واجب، وإنّما يندفع الضرر بهذا.

أمّا العارية المؤقتة في الغرس والبناء:

فللحنفية فيها رأيان، وهما:

الراي الأول: قالوا إذا رجع المعير في البناء والغرس، في هذه الحالة واستردها قبل مضي وقتها، فإنَّ المستعير بالخيار: إنْ شاء ضمَّن المُعير، وترك البناء والغرس على الأرض للمُعير، وإن شاء أخذ غرسه وبنائه من غير ضمان، إلا إذا كان يضر القلع بأرض المعير، فعندها يكون الخيار للمعير إن شاء أخذ الغرس والبناء بالضمان، وإن شاء رضي بالقلع من غير ضمان شيء للمستعير، وذلك لأن رب الأرض صاحب أصل، والمستعير صاحب تبع والترجيع بالأصل. وهو رأي جمهور الحنفية.[2]

دليلهم:

قالوا بأنَّ المُعير بالتوقيت يصير غاراً للمستعير، لأنَّه نصَّ على ترك الأرض في يده وإقرار بنائه فيها في المدة التي سمى فإذا لم يف بذلك صار غاراً له وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار بالضمان. ثم إنّ معنى كلام المُعير للمستعير ابن أو اغرس إلى مدة كذا هو أنّني سأتركها في يدك إلى المدة المضروبة، فإن لم أتركها فأنا ضامِن لك.[3]

---

(١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١١ ص١٤١. السمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ص٥٣٧.

(٢) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١١ ص١٤١. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧ ص٢٨٢. المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص٢٢٢.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٧، ص ٢٨٢.

وقد يُعترض على هذا القول بأنّ الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة -لا التبرع- والإعارة تبرع، وليست معاوضة.

ويجاب على هذا الإعتراض: بأنّ التوقيت من المُعير التزام منه بقيمة البناء والغرس، إنّ أراد إخراجه قبل الوقت، وتقرير كلام المعير ابن في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى مدة كذا فإن لم أتركها فأنا ضامن بقرنية حاله وذلك لأن كلام العاقل محمولٌ على الفائدة ما أمكن.

الراي الثاني إنّه لا ضمان فيها مطلقةً كانت الإعارة أم مؤقتة.

وهذا رأي بعض الحنفية.[1]

الادلة: قال لأنّ التوقيت في العارية لا يُلزم المعير شيئاً كأصل العقد فكما لا يكون له -أي المستعير- أن يضمّن المُعير قيمة البناء والغرس باعتبار مطلق الإعارة، فكذلك بالتوقيت فيها وبيان ذلك أنّه يتمكن من إخراجه قبل مضي ذلك الوقت.

ثانياً: ولأنّ المستعير لمّا علِم أنّ للمعير ولاية الأخذ فقد رضي بذلك

الراي الثاني: رأي المالكية.[2]

قالوا إذا كانت الإعارة مقيّدة بعمل أو أجل، فإنّها تلزم، ولا يجوز الرجوع فيها إلى نهاية ما قيدت به، فإذا انتهت فإنّ المستعير يصير حكمه حكم الغاصب على ما ستعرفه لاحقاً في مبحث الضمان.

وأمّا إذا كانت الإعارة مطلقة، ولم يحصل غرس ولا بناء، فللمعير الرجوع في الإعارة ولا شيء عليه على المعتمد وعلى غير المعتمد يلزمه إبقاء الأرض في يد المستعير لمدة المُعتادة، وإن رجع المُعير بعد حصول الغِراس والبناء فقد اختلفوا على ثلاثة أراء، وهي:

الراي الاول: أنّ للمعير الرجوع من غير تكليفه بشيء للمستعير.

ودليلهم سبق بيانه في حكم الرجوع في العارية فليراجع.

الراي الثاني: أنّ للمعير الرجوع وإخراج المستعير من الأرض قبل انتهاء المدة المعتادة بشرط أن يدفع للمستعير قيمة بنائه وغرسه، أو ما أنفقه وكلفه على ذلك

(١) السُمناني، روضة القضاة، مصدر سابق، ص٥٣٧.

(٢) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٦. الحطّاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٧ ص٣٠٢. الصّاوي، حاشية الصاوي على شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٦.

البناء والغرس، وإلاّ بقيت الأرض بيد المستعير المدة المعتادة. وهذا القول لمالك في المدونة وقد اختلف العلماء في كونه قولاً واحداً أم قولين وسيأتي لهذا مزيد بيان بعد قليل في مبحث الضمان.

ومكان هذا القول إذا أراد المعير إخراج المستعير قبل انتهاء المدة المعتادة أمّا إذا أخرجه بعد نهايتها فلا شيء للمستعير، ويجبره على القلع مجاناً، ويعير حكمه حكم الغاصب.

الرأي الثالث: ليس للمعير إخراج المستعير قبل انتهاء المدة المعتادة، وإنْ دفع له القيمة أو غيرها.(١)

أمّا الضمان في الأرض المعارة للغرس والبناء على رأي المالكية فهو على التفصيل التالي:

أ- في حال كون الإعارة مقيدة بأجل أو عمل فلا ضمان فيها؛ لأنّه لا يجوز الرجوع فيها حتى تنقضي المدة أو العمل الذي استعيرت من أجله، فلا مجال لحديث عن ضمان(٢)، قالوا وإذا أراد المستعير قلع بنائه وغرسه فله ذلك؛ لأنّه ملكه. هذا إذا أراد المعير الرجوع ولمّا تنتهِ العارية بعد، أمّا إذا انتهت فالحكم كما يلي:

قالوا إذا انتهت المدة المعلومة أو المعتادة، فإنّ حكم المستعير يصير حكم الغاصب. وفي هذه الحالة فإنّ المعير مخيرٌ بين خصلتين يختار ما يشاء منهما.(٣)

أولاً: إن شاء أمر المستعير بقلع غرسه، ونقض بنائه، وتسوية الأرض كما كانت.

ثانياً: وإنْ شاء أمر المستعير بابقاء البناء والغراس على الأرض، ويدفع له قيمة البناء والغراس مقلوعين إن كان لهما قيمة بعد القلع، بعد أن يحاسبه بأجرة من يسوي الأرض ويسقطها من القيمة، إلا أن يكون المستعير من شأنه تولي هدم أو قلع ذلك بنفسه أو بخدمه أو نحو ذلك، فإنّه يأخذ قيمة ما ذكر كاملة من غير اسقاط أجرة من يُسوّي الأرض.

الدليل: على كون المستعير كالغاصب مع أنّه مأذون له في البناء والغرس لأنّه بعد إنتهاء مدة العارية لايحق له استغلال منافعها فصار كالمعتدي الغاصب.

(١) الحطّاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٧ ص٣٠٢.

(٢) الدّردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، مصدر سابق، ج٣ ص٥٧٧.

(٣) الخرشي، شرح الخرشي وعليه حاشية الصّاوي، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٧.

ب- أمّا الضمان في حال الاطلاق (عدم التقييد بعمل أو أجل) فقد اختلف المالكية على رأيين، وهما:

الرأي الأول: أنّ للمعير أن يخرج المستعير من غير أن يدفع له شيئاً.[١]

الرأي الثاني: إذا أراد المُعير إخراج المستعير قبل انتهاء المدة المعتادة فله ذلك بشرط الضمان وقد اختلف القائلون بهذا الرأي في تحديد صفة هذا الضمان على رأيين، وهما:[٢]

الرأي الأول: يضمن المعير للمستعير ما أنفقه وكلّفه على غرسه وبنائه، وهذا القول لمالك في المدونة ومعناه: أن يوقع له المبلغ الذي دفعه، ولو كان أعلى من القيمة الحقيقية للسلعة.

الرأي الثاني: يضمن المُعير للمستعير قيمة ما أنفق، وهذا القول لمالك في المدونة أيضاً. ومعناه: إعطاؤه القيمة الحقيقية للبناء والغراس بغض النظر عن الثمن الذي اشترى به البضاعة.

ومن الجدير بالذكر أنّ علماء المالكية اختلفوا في فهم قولي مالك الأخيرين الواردين في المدونة أهما قولان مختلفان أم قول واحد، فمن قال إنّهما قولين مختلفان اكتفى بظاهرهما. ومن قال إنّهما قول واحد قال محل اعطاء القيمة إذا أخرج المستعير المؤن كالجير والحديد ونحوه من عنده، أمّا لو أخرج ثمناً من عنده فاشترى به المؤن فإنّه يدفع له ما انفق، وهذا تاويل عبدالحق، هذا أحد الوجوه للتوفيق والوجه الثاني أنّ محل دفع القيمة إذا طال الزمان؛ لأن البناء يتغير الانتفاع به إذا طال زمنه. وعلى هذا: إنْ لم يطل الزمن فإنّه يدفع ما انفق، أمّا الوجه الثالث: فهو أنّ محل دفع القيمة إذا اشترى المؤن يغبن كثير، وعلى هذا: إنْ لم يكن اشترى ذلك يغبن أصلاً أو يغبن يسير فإنّه يدفع له ما انفق.[٣]

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٣ ص٥٧٧.

(٢) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٦. العدوي، حاشية علي العدوي على شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٦.

(٣) الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٦ ص ص ١٢٦- ١٢٧.

الراي الثالث: « رأي الشافعية ».[1]

قالوا يجوز الرجوع للمعير في أي وقت شاء سواءً قبل البناء والغرس، أو بعدهما، مطلقةً كانت الإعارة أم مؤقتة، فاذا رجع المُعير قبل مباشرة المستعير البناء والغرس لم يجز للمستعير أن يبني أو يغرس، فإذا بنى أو غرس بعد الرجوع فهو في حكم الغاصب، فيقلع ما بناه من غير ضمان مع أجرة المثل يدفعها للمعير ويقوم بتسوية الأرض.

أمّا الرجوع بعد أن غرس المستعير أو بنى فيجوز مع تفصيل في شأن الضمان.

أمّا الضمان في الأرض المعارة للغرس والبناء بعد الرجوع عندهم فهو على التفصيل التالي.

أولاً: عرضنا حكمهم في حال اشتراط المعير على المستعير القلع مجاناً.

أمّا إذا لم يشترط المعير على المستعير القلع بعد الرجوع فهذا على ضربين:

أحدهما: إن لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع (وبمعنىً آخر أن تكون قيمة البناء والغراس مقلوعين كقيمتهما قائمين غير مقلوعين فإنّ المستعير يقلع في هذه الحالة من غير ضمان.[2]

الدليل: لأنّ العارية لا تلزم، والضرر بالقلع مرتفع.

امّا الضرب الثاني: فهو أن تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع، فإن اختار المستعير القلع من غير ضمان كان له ذلك؛ لأنّه ملكه فملك نقله.[3]، فاذا قلعه في هذه الحالة فهل تلزمه تسوية الأرض؟ فيه وجهان:

الوجه الأول: وهو رأي جمهور الشافعية، وهو الأقوى إنّها تلزمه؛ لأنّ القلع وقع باختياره، فإنّه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الأرض كما لو ضرب أرض غيره من غير غراس.

---

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٨. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٧.

(٢) الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٧. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٧. المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٤ ص ص ٢١١-٢١٣.

(٣) القفال، حلية العُلماء، مصدر سابق، ج٥ ص١٩٧. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٨. المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٤ ص ص ٢١١-٢١٣. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٧. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧١.

الوجه الثاني: لا تلزمه؛ لأنّه لمّا اعاره مع العلم بأن له أن يقلع كان ذلك رضىً بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسوية كما لو شرط القلع. وهذا رأي الرافعي من الشافعية، وهو رأي مرجوح في المذهب.

أمّا إذا لم يختر المستعير القلع في حال نقصان الغرس والبناء بالقلع، وفي حال كونه غير مشروطاً عليه، لم يكن للمعير قلعه مجاناً؛ لأنّه وضع بحق فهو محترم. ويخير المُعير بين خصال إذا اختار أحدها أُجبر المستعير عليها، وقد اختلفوا في هذه الخصال على رأيين، وهما:[1]

الرأي الأول: قالوا إنّ المُعير مخيرٌ بين ثلاث خصال هي:[2]

أولاً: أنْ يُكلِّف المستعير بقلع غرسه وبنائه، ويضمن له أرش النقص الحاصل بالقلع، وهو قدر التفاوت بين قيمته مقلوعاً وقيمته قائماً.

ثانياً: أنْ يتملك الغرس والبناء بقيمته، حال التملك مستحق القلع.

ثالثاً: أنْ يبقيه بأجرة المثل.

الدليل: لأنّه رجوع في العارية من غير إضرار، أي أنّ كل واحدة من الخصال السالفة الذكر تنفي الضرر عن المستعير من جرّاء الرجوع.

الرأي الثاني: أنّ المُعير مخير بين خصلتين فقط، وهما: القلع وضمان أرش النقص، أو التملك بالقيمة، فإذا اختار المعير أحدى هاتين الخصلتين أُجبر المستعير عليها، وهذا هو الأصح عندهم.[3]

الدليل: لأنّه رُجوع في العارية من غير اضرار حيث زال الضرر ببذل القيمة أو الأرش.

---

(١) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٨. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص١٣٧. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧١.

(٢) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٨. الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥ ص ص ١٣٧-١٣٨. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، مصدر سابق، ج٣ ص ١٣٤. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧١.

(٣) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٨. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٨. المطيعي، المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج١٤ ص٢١٣.

مسألة: إذا بذل المُعير القيمة للغرس أو البناء ليتملكه، وبذل المُستعير قيمة الأرض ليأخذها مع الغِراس قُدِّم المعير لما يلي:[١]

اولاً: لأنّ الأرض أصل والغرس تبع، فكان ملك الأصل أقوى.

ثانياً: أنّ المعير أسبق ملكاً، وقيل للمستعير لا يجوز مع زوال الضرر عنك أن تُدخل الضرر على المُعير بالترك، فإنْ أخذت القيمة، وإلا أجبرت على القلع.

وإن إمتنع المعير من بذل القيمة أو أرش النقص للمستعير، وأبى المستعير بدوره القلع وبذل -أي المستعير- أجرة الأرض لم يكن للمُعير القلع مجاناً.[٢]

الأدلة: اولاً: قوله صلى الله عليه وسلم «ليس لعِرق ظالِمٍ حق».[٣]

وجه الدلالة: قالوا المستعير ليس بظالم لأنّه دخل الأرض بإذن صاحبها فالحديث يدل بإشارته إلى أنّ له حقاً لكونه ليس بظالم، ولذلك لم يجز أن يؤخذ بالقلع مجاناً.

ثانياً: ولأنّه غراس مأذون فيه فلا يجوز الإضرار به في قلعه مجاناً.

ثالثاً: ولأنّ العارية ارتفاق ومعونة فلو أوجبت الاضرار بالقلع لخرجت عن حكم الارفاق إلى حكم العدوان والضرر، وما لهذا شرعت أصلاً.

وأمّا إن امتنع المعير من بذل القيمة أو أرش النقص، ولم يبذل المستعير الأجرة فهل للمعير تكليف المستعير بالقلع مجاناً من غير شيء؟ هذه المسألة اختلفوا فيها على رأيين، وهما:[٤]

الرأي الأول: لا يقلع، ورجّحه النووي، وقال به محمد الشربيني صاحب مغني المحتاج الأدلة:

---

(١) الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٨.المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج١٤ ص ص٢١١-٢١٣.

(٢) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧٢. القفال، حلية العُلماء، مصدر سابق، ج٥ ص١٩٨.

(٣) أخرجه الترمذي، في سننه، مصدر سابق ج٣ ص٦٦٢، في كتاب الاحكام، باب ما ذكر في احياء أرض الموات، رقم الحديث ١٣٧٨ وقال الترمذي عن حديث سعيد بن زيد هذا: هو حديث حسن غريب. كما أخرجه البيهقي، في سننه، مصدر سابق، ج٦ ص١٤٢، كتاب احياء الموات، باب من احيا أرضاً ميتة فهي له، قال الألباني، في ارواء الغليل، مصدر سابق، ج٥ ص٣٥٣، حديث رقم ١٥٢٠ قال عنه حديث صحيح.

(٤) القفال، حلية العُلماء، مصدر سابق، ج٥ ص١٩٨، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٢٧٢.

أولاً: لأنّ الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان.

ثانياً: ولأنّ المعير مُقصر يترك الإختيار، راضٍ باتلاف منافعه.

الراي الثاني: يقلع، وهو ظاهر كلام الامام الشافعي.

قلتُ: وهو لازم قول المخيرين بين الخصال الثلاث.

الدليل: لأنّه بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بمال المُعير من غير أجرة.

الرأي الرابع: رأي الحنابلة.[1]

قالوا يجوز للمعير أن يرجع في الغرس والبناء قبل المباشرة بهما، لإنتفاء الضرر.

وأمّا الضمان بسبب الرجوع بعد المباشرة بالغرس والبناء.

فلم يفرق الحنابلة بين الإعارة المطلقة والمؤقتة في وجوب الضمان، بسبب الرجوع مثلهم مثل الشافعية، وإليك تفصيل مذهبهم.

قد عرضنا في بداية هذه المسألة حكمهم إذا اشترط المعير على المستعير القلع مجاناً. وأمّا إذا لم يحصل اشتراط للقلع من قبل المعير فقد قالوا بأنّ المعير لا يستطيع إجبار المستعير على القلع، إلا أن يضمن له -أي المعير- أرش النقص -وهو الفرق ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً- مطلقةً كانت الإعارة أم مؤقتة.

وقال المجد في الشرح: ومتى أمكن القلع من غير نقص أُجبر المستعير عليه. أي مجاناً.

وفي نظري أنّ قول المجد هذا لا يُعدُّ رأياً مغايراً لما تقدم بل هو نابع منه وصادر عنه؛ لأننا عندما الزمنا المعير دفع أرش النقص للمستعير فإن ذلك كان بسبب الضرر الناتج عن الرجوع، ولمّا انتفى الضرر لكون البناء أو الغرس لم ينقصا بالقلع فقد وجب القول بالقلع مجاناً هذا؛ لأن الأحكام تدور مع عللها وجوداً وعدماً.

الأدلة: أولاً: قال صلى الله عليه وسلم: «ليس لعِرق ظالم حق»[2]

(١) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٦٧. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٥ ص١٤٠.

(٢) سبق تخريجه في الصفحة السابقة.

ثانياً: قالوا إنّ المستعير إنّما حصل غراسه أو بناؤه في الأرض بإذن ربّها ولم يشترط عليه قلعه فلم يلزمه القلع من غير ضمان لدخول الضرر عليه بذلك.

ثالثاً: ولأنّ العارية عقد إرفاق، ومعونة، وإلزام بالقلع مجاناً يخرجه إلى حكم العدوان والضرر.

مسالة:

وإذا لم يشترط المعير على المستعير القلع، فقلع المستعير مختاراً فإنّ له في ذلك؛ لأنّه ملكه فله أخذه متى شاء. ولكن هل عليه تسوية الأرض -أي مما يحصل بها من حفر ونحوها من أثر القلع- وقد اختلف الحنابلة في هذه المسألة على رأيين وهما:[1]

الرأي الأول: يلزمه تسوية الأرض في هذه الحادة.

الدليل: لأنّه قلع باختياره، ولو امتنع من القلع لم يجبر عليه، فلزمته تسوية الأرض كما لو خرب أرضه التي لم يستعرها.

الرأي الثاني: لا تلزمه التسوية.

الدليل: لأنّ المعير رضي بذلك، حيث أعاره مع علمه بأنّ له أن يقلع غرسه الذي لا يمكن إلا بالهز.

والذي يترجّح لديّ الأخذ بالرأي الثاني الذي لا يلزم المستعير بالتسوية؛ لأنّ المستعير كان سمحاً، وقد تسامح بحقه، فالواجب مكافاته بعدم تكليفه بنفقات زائدة وأمّا دليلهم الذي استدلوا به، ولو امتنع عن القلع لم يجبر عليه.... فاني أرى أنه يصلح دليلاً لمن قال بعدم التسوية؛ لأنّه في حالة رفضه للقلع مع عدم إمكان جبره عليه لا نلزمه بالقلع، أمّا إذا كان سمحاً وخرج من أرض المعير، ولم يأخذ أرش نقصه فنعاقبه بفرض التسوية عليه.

مسالة: وإن أبى المستعير القلع في الحال التي لا يمكن جبره على القلع فيها وهي حالة عدم اشتراط القلع مجاناً عليه، أو كان فيه ضرر على رأي البعض، فللمعير أخذ البناء والغراس بقيمته بغير رضا المستعير أو قلعه وضمان نقصه ويجبر المستعير على ما يختاره المعير من هاتين الخصلين، وتكون مؤونة القلع على المستعير كالمستاجر.[2]

---

(١) ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٥ ص١٤٠. ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، ج٧ ص٣٥٢.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٦٧. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٧ ص٣٥٢. ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧١.

الأدلة: أولاً: لأنّه رجوع في العارية من غير إضرار.

ثانياً: لأنّ ذلك شُرع دفعاً لضرره وضرر المستعير، وجمعاً بين الحقين.

مسألة: فإنْ أبى المُعير إعطاء المستعير قيمة البناء والغراس ويكونان له أو قلعه وضمان أرش النقص له، وأبى المستعير القلع، وذلك في الحال التي لا يجبر فيها على القلع كما تقدم بيانه في المسألة التي سبقت. ففي هذه الحالة قالوا لا يجبران على شيء من ذلك وتباع الأرض إن اتفقا على بيعها قولاً واحداً، حيث يعطى للمعير قيمة الأرض فارغة والباقي للمستعير، فإنْ لم يتفقا وطلب أحدهما البيع فقد اختلفوا على رأيين، وهما:[1]

الرأي الأول: إنّه إذا رضي أحدهما بالبيع أُجبر الآخر عليه، وهو الأصحّ عندهم.

الدليل: لأنّه طريق لتخلص كلٍ منهما من مضارة الآخر وتحصيل ماله.

الرأي الثاني: لا يجبر الآخر على البيع بطلب من رضي به، وعلى هذا الرأي تبقى الأرض حتى يتفقا.

الدليل: لأنّ في البيع جبراً على المُعير إلحاق للضرر به.

والذي أراه، الأخذ بالرأي الأول؛ لأنّه طريق للتخلص من مضارة كل واحد لصاحبه، وفي الأخذ بالرأي الثاني إيقاع للضرر بالمستعير، حيث فيه تقييد لحريته في ماله من غراس وبناء، وأمّا المُعير فهو الذي سبب الضرر لنفسه، إذ بامكانه أن يُبعد الضرر عن نفسه بأنّ يتمثل للمستعير باعطائه أرش ما نقص عليه.

وأمّا إذا اتفق الطرفان: المعير والمستعير على عدم البيع تركت الأرض بغراسها وبنائها على حالها حتى يتفقا؛ لأنّ الحق لهما. وقال ابن حمدان يبيعهما الحاكم.

الرأي الخامس: «رأي الإباضية».

ميّز الاباضية بين إعارة الأرض للبناء وإعارتها للغرس، فقالوا:

إذا كانت الإعارة للبناء، وكانت مطلقةً، فللمعير إخراج المستعير من الأرض

---

(١) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٦٧. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٥ ص١٤١. ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج٧ ص ٣٥٢. إبن مفلح، الفروع، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧٣.

مقابل أن يُدفع له أجرة تعبه وقيمة مواد البناء المجلوبة له من خارج الأرض واقتصر بعضهم على القيمة دون أجرة التعب، ويكون البناء للمعير.[١]

وواضح من هذا القول إنّ المواد التي استعملها المستعير من داخل الأرض من تراب وحجر ونحوه، لا يأخذ قيمتها، وإنّما يقتصر على ما جلبه من خارج الأرض.

أمّا إذا كانت الإعارة مؤقتة، فإمّا أن يخرجه قبل انتهاء المدة، أو بعدها، فإن أخرجه قبل انتهاء المدة فقد اختلفوا على رأيين، وهما:[٢]

الراي الأول: للمعير إخراج المستعير على أن يدفع له أجرة تعبه، وما تجشمه في سبيل البناء، إضافةً لقيمة ما جلبه من مستلزمات البناء من أجر وخشب ونحوه من خارج الأرض، ويكون البناء للمعير.

الدليل: لأنّ المعير لم يتم للمستعير الأجل الذي شرطه.

الراي الثاني: ليس للمُعير إخراج المستعير قبل الأجل، ويكون البناء للمستعير.

وأمّا إذا أخرجه في هذه الحالة، بعد انتهاء المدة، فله إخراجه إجماعاً ولكنهم اختلفوا في أجرة تعبه وقيمة بنائه، فمنهم من قال له أجرة تعبه فحسب، ومنهم من قال ليس له شيء، لا أجرة التعب ولا قيمة البناء.

وأمّا إذا كانت الإعارة للغرس[٣]: فقد قالوا إنْ كانت الإعارة لغرس النخيل لأجل معين، وشرط عليه أن يكون بعد نهاية الأجل للمعير، ألزم المستعير بما اشترطه وإنْ لم يشترط عليه ذلك فالنخل للمستعير في الأرض بلا قيمة للأرض.

وأمّا إذا كانت الغراس غير النخل، فإنْ كانت الإعارة مطلقة، فإنّ للمعير الرجوع واخراج المستعير شرط أن يدفع له أجرة تعبه وقيمة غرسه.

وأمّا إنْ كانت الإعارة مؤقتة وأخرجه بعد الاجل فلا شيء له. وإنْ أخرجه قبل الأجل، فله أجرة تعبه وقيمة المغروس.

---

(١) إطفيّش، شرح النيل وشفاء العليل، مصدر سابق، ج١٢ ص١٣٢.

(٢) المصدر ذاته، ج١٢ ص١٣٢.

(٣) المصدر ذاته، ج١٢ ص١٣٢.

الراي السادس: «رأي الزيدية»

أمّا قبل حصول البناء والغرس فيجوز الرجوع، مطلقةً كانت أم مؤقتة، من غير تكليف المعير بضمان بسبب رجوعه.

فإذا حصل البناء أو الغرس، ولم يكن المُعير قد شرط على المستعير القلع مجاناً عند الرُجوع، فإنْ كانت مقيدة بوقت وانقضى ذلك الوقت، فإنَّ للمُعير أن يطالب المستعير بالقلع مجاناً من غير ضمان.(١)

وأمّا إذا كانت مطلقةً أو رجع قبل انقضاء الوقت في المؤقتة فلا يمكنه إخراج المستعير وقلع ما بناه وغرسه، ويكون المستعير مُخيراً بين أمرين، وهما:(٢)

أولاً: إنْ شاء طلب من المُعير قيمة البناء والغرس قائماً ليس له حق البقاء أي قيمته قائماً على أرضه وبثمنه يوم قلعه لا بثمنه إلى نهاية المدة المعلومة المحددة.

ثانياً: يأخذ أرش النقص إن نقص.

قلتُ: ومقتضى هذا الخيار أنّه إن لم ينقص -أي البناء والغرس- فلا أرش له ويتعين عليه الخيار الآخر.

وقال بعض الزيدية يقلع مجاناً، ويأخذ غرسه وبناءه بدلاً من الخيار الثاني المتقدم.

قلتُ: وقد قيد الامام الشوكاني رحمه الله تعالى إثبات الخيارات السابقة في هذه المسألة بأنْ يكون المستعير مأذوناً بالغرس والبناء بالتحديد والنص على ذلك أمّا إذا أعارة مطلقاً فلا ينصرف إلى الغرس والبناء، وبالتالي لا يكون له هذه الخيارات هذا مقتضى كلامه.(٣)

الأدلة:(٤)

استدلوا على وجوب الضمان في حال كون الإعارة مطلقة بقوله صلى الله عليه وسلم: «ليس لعرق ظالم حق».(٥)

قالوا: وهذا ليس بظالم؛ لأنّه مأذون فلا يخرج إلا بتعويض عمّا لحق به من ضرر.

وأمّا دليلهم في حال كون العارية مؤقتة:

أن المستعير كالمغرور؛ لأنّه حدد له وقتاً ورجع قبله، وفي هذا غرق.

---

(١) ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٤ ص١٢٨.

(٢) ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٤ ص١٢٩. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٩.

(٣) الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٩.

(٤) ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٤ ص١٢٨. الشوكاني، السّيل الجرار، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٩.

(٥) سبق تخريجه ص، ١٧٧.

الراي السابع: «رأي الإمامية»

قالوا إذا رجع المُعير في إذن البناء أو الغرس قبل حصولهما وجب الامتناع فإن غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً والمطالبة بالأجرة وطم الحُفر.[1]

أمّا بعد البناء والغرس، فإن كانت العارية مطلقةً فيجوز الرجوع بشرط دفع الأرش وهو عندهم في هذه الحالة «تفاوت ما بين كونه -أي الغرس والبناء- منزوعاً من الأرض وثانياً فيها».[2] فإن أعطاه المعير هذا الأرش أجبر على القلع وإلا لم يقلع.

الدليل:

ما روت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم: «من بنى في رباع قوم بإذنهم فله قيمته».[3]

أمّا إذا كانت العارية مؤقتة[4]: فللمعير الرجوع قبل الغرس والبناء من غير تكليفه بشيء. أمّا بعد البناء والغرس وقبل انقضاء المدة المعينة فقد اختلفوا على رأيين هما:

الراي الأول: للمعير الرجوع بشرط دفع أرش النقص للمستعير، وهو في هذه الحالة قدر التفاوت بين قيمتها قائمة إلى نهاية المدة ومقلوعة قبل انقضائها وهذا رأي جمهور الإمامية.

الراي الثاني: ليس للمعير الرجوع قبل انتهاء المدة في هذه الحالة ولو دفع أرش النقص، فإنّ فعل وأخرجه كان المعير كالغاصب وعليه أعلى قيمة لبناء وغرس المستعير قائماً.[5]

أمّا في حال انتهاء المدة المحددة فللمعير الرجوع والزام المستعير بالقلع مجاناً وهذا لم يختلف فيه أحدٌ منهم على ما عرفت.

الدليل: قالوا لأنّ زمان العارية ينتهي بانتهائها وحينئذ يكون المستعير قد شغل أرض المعير بغير استحقاق ولا إذن فيستحق الإزالة.

---

(١) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٦ ص٦٦.

(٢) البحراني، الحدائق الناضرة، مصدر سابق، ج٢١ ص ص ٤٨٤.

(٣) سبق تخريجه، ص ١٦٩.

(٤) الكركي، جامع المقاصد شرح القواعد، مصدر سابق، ج٦ ص٦٧.

(٥) البحراني، الحدائق الناضرة، مصدر سابق، ج٢١ ص٤٩٧.

راي القانون المدني الأردني في الرجوع في الأرض المعارة للغرس والبناء

لم ينص القانون المدني الأردني على شيء بهذا الخصوص، ولكنّ المجلة تعرضت لذلك في المادة (٨٣١) حيث نصت على مايلي (استعارة الارض للبناء عليها ولغرس الأشجار صحيحة إلا أن للمعير أن يرجع عن الاعارة في أي وقت أراد وأن يطلب قلع ذلك أمّا إذا كانت الاعارة مؤقته فيضمن المعير مقدار التفاوت الموجود بين قيمة الأبنية والأشجار مقلوعة حين قلعها، وبين قيمتها مقلوعة في حال بقائها إلى انقضاء المدة مثلاً إذا كانت قيمة الأبنية والأشجار مقلوعة في حال قلعها في الحال إثني عشر ديناراً وقيمتها على أن تبقى إلى انقضاء المدة عشرين ديناراً وطلب المُعير قلعها في الحال فيلزمه إداء ثمانية دنانير).

وبهذا تكون المجلة قد أخذت برأي الحنفية في هذه المسألة فيما يتعلق بالرجوع والضمان.

الفصل الرابع

الرُّجوع في الوقف

ويتألف من المباحث التالية:-

- المبحث الأول: تعريف الوقف لغةً، واصطلاحاً.
- المبحث الثاني: بماذا يلزم الوقف الصّحيح.
- المبحث الثالث: الرُّجوع في الوقف في حال الصِّحة وعدم الإضافة لما بعد الموت.

المبحث الأول: تعريف الوقف لغةً، واصطلاحاً.

المطلب الأول: تعريفه لغةً[١].

الوقف مصدر وقفت الدابة، ووقفت الكلمة وقفاً، ووقف الأرض على المساكين وقفاً: يعني حبسها عليهم، أما أوقف: فهي لغة رديئة.

المطلب الثاني: تعريفه إصطلاحاً

عرف العُلماء الوقف بعدة تعريفات نذكر أهمها:

التعريف الأول: هو حبس العين على مِلك الواقِف، والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية[٢]. وهذا تعريف الإمام أبي حنيفة.

شرح التعريف: يتضح من هذا التعريف أن العين الموقوفة تبقى على مِلك صاحبها ولا تخرج عنه وعلى هذا يجوز الرجوع عنده في الوقف كما يجوز الرُّجوع في العارية؛ لأنه جعله بمنزلتها[٣].

التعريف الثاني: هو حبس العين على حكم مِلك الله تعالى، فيزول مِلك الواقف عنها إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد[٤].

وهذا تعريف الصاحبين: أبي يوسف، ومحمد من الحنفية.

شرح التعريف: هذا التعريف يبين أنّ الوقف حبس العين الموقوفة على مِلك الله تعالى وليس على مِلك الواقف كما سبق في التعريف الأول ويترتب على هذا لزوم الوقف وعدم جواز الرجوع فيه بمجرد تمامه، ولكن ثمرة الوقف تكون مسبلة على الجهة التي وقف عليها الوقف، أمّا الأصل وهو الشيء الموقوف فلا يصح بيع عينه أو التصرف فيها بأي نوع تصرف.

---

(١) محمد بن منظور، لسان العرب، مصدر سابق ج٩ ص ص ٣٥٩-٣٦٠.

(٢) المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص١٣. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج٥ ص٤٠.

(٣) المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص١٣.

(٤) الكمال بن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج٦ ص١٩١.

التعريف الثالث: هو جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المُحبِّس. وهذا تعريف المالكية[١].

شرح التعريف: يعني أن يجعل الواقف منفعة الشيء المملوك له أو الشيء الذي ملك منفعته فقط دون رقبته كالمستأجر فكلا الأمرين له أن يقف منفعتهما فقط، ويبقى ملك الرقبة له، ويبقى وقفاً على الموقوف عليه المدة التي يحددها الواقف فله أن يحددها إلى شهر أو سنة أو أكثر أو أقل وله أن يجعله مؤبداً، وتحديده بمدة؛ لأنهم لا يشترطون لِصحة الوقف التأبيد[٢].

التعريف الرابع: قالوا هو حبس مال يُمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود. وهذا تعريف الشافعية[٣].

شرح التعريف: فالوقف حسب هذا التعريف هو مال يدوم الانتفاع به هذا من شروطه.

أما مالا يدوم الانتفاع به: كالمطعومات، والرياحين، وما أشبهها فلا يصح وقفه، والمقصود بقطع التصرف في الرقبة أنّ الواقف لا يتمكن- من بيعه، أو هبته، أو نحو ذلك من التصرفات؛ لأن مِلك الرقبة انتقل إلى الله تعالى على الراجح عندهم وإنما تسبَّل المنفعة العائدة من الرقبة على من وقفت عليهم، ويشترط أن تكون الجهة الموقوف عليها مباحة وموجودة وإلا بطل الوقف، فالمباح كالوقف على المساجد، والفقراء. أمّا الوقف على المغنِّين أو نحوهم فلا يجوز، أمّا قولهم موجود: ليخرجوا الوقف على غير الموجود، كالوقف على من سيولد مثلاً فلا يصح[٤].

التعريف الخامس: هو: تحبيس الأصل، وتسبييل الثمرة[٥]. وهذا تعريف الحنابلة.

---

(١) الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٩٧-٩٨.

(٢) الصّاوي، حاشية الصّاوي، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٩٧-٩٨.

(٣) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٣٧٦.

(٤) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٣٧٦-٣٧٩.

(٥) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص١٨٤.

قال في الروض المربع: المراد بالأصل: ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه[1]. وبنحو تعريف الحنابلة آنف الذكر عرفه الزيدية[2]، والامامية[3]. ولكن الزيدية أضافوا للتعريف قيداً وهو أن يكون حبس المال بنية القربة من الله تعالى. وعلى هذا لو حبس ليضر بالورثة فحبسه باطل عندهم.

نتيجة: المتأمل لهذه التعريفات كلّها باستثناء تعريف أبي حنيفة رحمه الله. يجدها تجمع على أمر واحد وهو أنّ الوقف حبس العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أصلها ومنع تصرف الواقف فيها من بيع، أو هبة، أو إعارة، أو إجارة، أو أي نوع من أنواع التصرفات.

---

(١) البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٨٥.

(٢) الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٧.

(٣) العاملي، اللمعة الدمشقية، مصدر سابق، ج٣ ص١٢٩.

المبحث الثاني: بماذا يلزم الوقف الصحيح

اختلف العُلماء بماذا يلزم الوقف، هل بمجرد التلفظ بالألفاظ الدالة على الوقف؟ أم يحتاج لزومه إلى القبض. وهل يحتاج إلى قبول من الموقوف عليه أم لا يحتاج وماذا يترتب على ردّ الموقوف عليهم الوقف؟.

المطلب الأول: آراء العُلماء في هذه المسألة:

الرأي الأول: قالوا يلزم الوقف بمجرد وقوعه[1]، أو التلفظ به ولو لم يقبض أو يحكم به حاكم ولا يحتاج لصحته أو لزومه إلى قبول من الموقوف عليهم سواء أكان الوقف على جهة عامّة كالمساجد، والقناطر[2] أو كان على شخص معين أو جماعة معينين[3].

وهذا رأي أبي يوسف من الحنفية[4]، والمالكية[5]، والشافعية[6]، وجمهور الحنابلة[7]، وهو رأي الظاهرية[8]، والزيدية[9].

---

(١) أي بالفعل لان بعض العُلماء قالوا: بأن الوقف يحصل بالفعل ولو لم يتلفظ. أنظر الصنعاني، التاج المذهّب، مصدر سابق، ج٣ ص٣٠٦.

(٢) اتفق الفقهاء جميعاً على أن الوقف إذا كان على جهة عامة كالفقراء، أو المساجد، أو المدارس لا يحتاج إلى قبول لثبوت الملك لعدم إمكان ذلك. أنظر الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٣٨٣. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٢٤٥. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص ص ١٨٧-١٨٨. البهوتي، الرُّوض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٨٧. الصنعاني، التاج المذهّب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٧.

(٣) في حال كون الوقف على معين أو جماعة معينين فقد اشترط المالكية، وبعض الشافعية وهو الأصح في المذهب، وبعض الحنابلة القبول من الموهوب له، والقبول يشترط عند هؤلاء فقط من البطن الأول فلو قال مثلاً هذ وقف عليك وعلى ذريتك من بعدك، يشترط قبول من وجّه إليه الوقف، فإن ردّ بطل حقه في الوقف، وينتقل إلى من بعده عند الشافعية وإلى الفقراء عند المالكية ولا يرجع ملكاً للواقف، وقال مطرف من المالكية بل يرجع ملكاً لصاحبه أو ورثته. أنظر النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٢٥. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص١٨٧. الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص١٠٦.

(٤) المبرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ص ص١٣-١٤ . ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٤٥. ابن الهُمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج٦ ص ص ١٨٨-١٨٩.

(٥) الدُّسوقي، حاشية الدُّسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص٧٥. الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص١٠٦.

(٦) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٣٨٣. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص٥١١.

(٧) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص١٨٧. البهوتي، الرُّوض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٨٩.

(٨) ابن حزم، المحلّى، مصدر سابق، ج٩ ص١٧٥، ١٨٣.

(٩) الصنعاني، التاج المذّهب، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٧، ٣٢٨.

الدليل الثاني: قالوا: ولأنّ التمليك من اللّه حقيقة لا يتصور؛ لأنه مالك الأشياء وإنّما يثبت ذلك ضمناً بالتسليم إلى العبد كالزكاة(١).

المطلب الثالث: الترجيح

والذي يترجح لدّي هو القول الأول الذي يقول بلزوم الوقف بمجرد التلفظ لأنّه تمليك للّه تعالى، فلا يحتاج إلى قبض أو حكم حاكم، وإنما يحتاج إلى القبول في حال كون الموقوف عليه معيناً لأنّ إدخال المِلك على النّاس يشترط له قبولهم فلا يمكن إجبارهم على القبول.

(١) الموصلي،الاختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٤١.

المبحث الثالث: الرجوع في الوقف في حال الصحة

إذا وقف الإنسان وقفاً سواء أكان على وجهة عامة كالفقراء والمساجد أو على أناس معينين وذرياتهم، وكان وقفه في حال صحته من مرض الموت ولم يضفه إلى ما بعد الموت فحكم الرجوع مختلف فيه بين العُلماء في هذه الحالة وهذا ما سنبينه في المطلب الأول من هذا المبحث.

المطلب الأول: آراء العُلماء في هذه المسألة:

إختلف العُلماء في هذه المسألة على ثلاثة آراء هي:

الراي الأول: لا يلزم الوقف -غير المسجد- إلا أن يحكم به حاكم «قاضٍ» لأنه قضاء في مجتهد فيه فيلزم، أو يضيفه الواقف إلى ما بعد موته فيقول إذا مت فقد وقفته فيلزم بعد موته لا في حياته، وعلى هذا فللواقف الرجوع في وقفه متى شاء بمنزلة العارية، أمّا المسجد فيلزم بمجرد إفرازه عن ملكه وإذنه للناس بالصلاة فيه فلو صلى واحد فأكثر خرج عن ملكه لله تعالى ولا رجوع له فيه مطلقاً سواءً حكم به حاكم أم لم يحكم وسواء أخرجه مخرج الوصية أم لا[١]. وهذا رأي أبي حنيفة وزفر.

الراي الثاني: إذا صّح الوقف وتم لم يجز الرُجوع فيه ولا فسخه مسجداً كان أو غير مسجد، ولا يصح التصرف فيه ببيع أو أي نوع تمليك أو تصرف، سواء حكم به حاكم أو لم يحكم.

وهذا رأي جمهور العُلماء وهم الصاحبان[٢]: أبو يوسف، ومحمد من الحنفية، والشافعية[٣] والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥]، والزيدية[٦]، والإمامية[٧].

---

(١) ابن الهُمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج٦ ص ص ١٨٨-١٨٩. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص١٣ . الموصلي،الاختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٤١.

(٢) الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص ص١٣-١٦ .ابن الهُمام،فتح القدير، مصدر سابق، ج٦ ص ص ١٨٨-١٨٩.

(٣) النوّوي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥ ص٣٣٤. الشيرازي، المهذب وعليه المجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٤٠. الخطيب الشربيني، المغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٣٨٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٥ ص ص١٨٥-١٨٧. البهوتي، الرُّوض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٨٩.

(٥) ابن حزم، المحلّى، مصدر سابق، ج٩ ص١٧٥.

(٦) الصنعاني، التاج المذهّب، مصدر سابق، ج٣ ص٣٢٨.

(٧) العاملي، الرُّوضة البهية، مصدر سابق، ج٣ ص١٣٣. الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج٣ ص ٥٣٧. الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، ج٩ ص١٤.

الراي الثالث: قالوا إذا صح الوقف وتم فلا رجوع فيه للواقف ولو لم يحز (يقبض) الموقوف عليه الوقف ويجبر الواقف على التحويز إن إمتنع إلا إذا إشترط لنفسه حق الرجوع متى شاء فله ذلك، لكن إذا تراخى الموقوف عليه عن قبض الوقف حتى حصل للواقف مانع كنحو مرض اتصل بموته، أو فلس أو موت بطل الوقف وعاد ملكاً لورثة الواقف في حال الموت وفي حال الفلس يرجع إلى الغريم، وإذا رجع إلى الورثة في حال حصول الموت للواقف واجازوا الوقف نفذ للموقوف عليهم. هذا في حال الوقف في الصحة وهذا رأي المالكية[1].

المطلب الثاني: الأدلة

أ- أدلة الرأي الأول:

الدليل الأول: قال صلى الله عليه وسلّم: «لا حبس عن فرائض الله»[2][3].

وجه الدلالة: أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته[4].

الدّليل الثاني: ما روي عن ابن عباس، أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال لمّا نزلت آية الفرائض «لا حبس بعد سورة النّساء».

الدليل الثالث: قال شريح القاضي: «جاء محمد ببيع الحبيس»[5].

وجه الدلالة: إن البيع للحبس يدل على عدم اللزوم، وعلى هذا يجوز الرجوع فيه في أي وقت.

الدليل الرّابع: ما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الآذان، قال لرسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم: يا رسول اللّه، إنّ حائطي[6] هذا صدقة وهو إلى اللّه ورسوله، فجاء

(١) الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص ١٠٧. الدّردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٤ ص ٧٥.

(٢) أخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، مصدر سابق، ج٦ ص١٦٢، كتاب الوقف، قال البيهقي: لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان. كما أخرجه الدارقطني، في سننه، مصدر سابق، ج٤ ص٦٨.

(٣) ابن الهُمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج٦ ص ١٩٢. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص١٤ .

(٤) ابن الهُمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج٦ ص ١٩٢.

(٥) ابن الهُمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج٦ ص ١٩٢. الموصلّي، الاختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٤١. الميرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج٣ ص١٤ .

(٦) الحائط: البستان.

أبواه فقالا: يا رسول الله كان قوام عيشنا فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم ماتا فورثهما إبنهما[(١)(٢)].

وجه الدلالة: أن رد الرسول صلى الله عليه وسلم لصدقة زيد «حبسه» يدل على عدم لزوم الحبس «الوقف» لأنّه لو كان يلزم لما رده النبي صلى الله عليه وسلم.

ب) ادلة الرأي الثاني:

الدليل الأول[(٣)]: عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنّ عُمر بن الخطّاب أصاب أرضاً بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال يا رسول الله: اني أصبت أرضاً[(٤)] بخيبر لم أصُب مالاً قط أنفس عندي منه فما تأمرني به، قال إنْ شئت حبَّست أصلها وتصدقت بها قال فتصدق بها عمر أنّه لا يُباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرُقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويُطعم غير متمول»[(٥)].

وجه الدلالة: إنّ مقتضى الوقف هو أن لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهذا يدل على اللزوم وعدم جواز الرجوع أو التصرف بأي شكل كان. وهذا ما عمله عمر بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم كما ورد في بعض الرُوايات، وبتقريره صلى الله عليه وسلم لعمل عُمر كما يبدو في هذه الرواية، ثم ان هذا الحديث ليس فيه ما يدل على إعمال شرط الواقف إذا إشترط الرجوع في الوقف كما يقول المالكية بل أن صيغة هذا الحديث تؤكد عدم جواز التصرف مطلقاً سواءً إشتراط الواقف الرجوع أم لا.

---

(١) الموصلي،الاختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٤١.

(٢) تخريجه، رواه النسائي في الكبرى، والمحاملي في آمالية.

(٣) ابن الهُمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج٦ ص ١٩١.ابن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٤٣. الشيرازي، المهذب وعليه المجموع، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٤٠. ابن قدامة،المغني، مصدر سابق، ج٨ ص١٨٥. البهوتي،الرُوض المربع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٨٩.

(٤) إسمها ثمغ كانت لعمر رضي الله عنه في خيبر.

(٥) أخرجه البخاري،صحيح البخاري، مصدر سابق، ج٤ ص٤٥، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف. كما أخرجه مسلم، صحيح مُسلم بشرح النّووي، مصدر سابق ج١١ ص٨٦، كتاب الوصية، باب الوقف، حديث رقم (١٦٣٢).

الدليل الثاني: عن أبي هريرة، أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولدٍ صالح يدعو له»[١].

وجه الدلالة: إن «الصدقة الجارية» هي الوقف كما فسرها العُلماء[٢]، وجريان الصّدقة يدل على اللُّزوم، إذ لو كانت غير لازمة، لكانت صدقة منقطعة لا جارية، والحديث وصفها بعدم الانقطاع فعلى هذا لا يجوز الرُّجوع فيها.

الدّليل الثالث: إجماع الصّحابة[٣].

قالوا إن الصحابة رضوان الله عليهم قد تابعوا عمر رضي الله عنه في أوقافهم عملاً على وفق الشرط الصريح في اللزوم إمتثالاً لما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم من المنع من التصرف في رقبة الدين تمليكاً حال حياة الواقف ومن الانتقال بالإرث بعد وفاته. ولم يثبت بعد هذا أن أحداً من الصحابة رجع في وقفه فكان ذلك إجماعاً على اللُّزوم والتأبيد عملاً وفاضت الآثار بتأكيد ذلك.

فقد روي عن جابر بن عبد الله، قال: «ما أعلم أحداً كان له مال من المُهاجرين والأنصار إلا حبس (وقف) من ماله، صدقة مؤبدة، لا تشترى أبداً، ولا توهب ولا تورث»[٤].

جـ- أدلة الرأي الثّالث

استدلوا على لزوم الوقف بحديث وقف عمر الذي تقدم ضمن أدلة القول الثاني، واستدلوا على جواز الرُّجوع في حال إشتراطه بحديث «المؤمنون على شروطهم»[٥].

---

(١) أخرجه مسلم، **صحيح مُسلم بشرح النّووي**، مصدر سابق ج١١ ص٨٥، كتاب الوصية، باب ما يلحق الانسان من الثواب بعد وفاته، حديث رقم (١٦٣١).

(٢) أنظر النووي، **صحيح مُسلم بشرح النووي**، مصدر سابق، ج١١ ص٨٥، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته. الغزالي، **الوسيط**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٣٧.

(٣) ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص ١٨٥. الطوسي، **الخلاف**، مصدر سابق، ج٣ ص٥٢٩. الموصلّي، **الاختيار**، مصدر سابق، ج٥ ص٤١.

(٤) المطيعي، **تكملة المجموع شرح المهذّب**، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٢٣.

(٥) سبق تخريجه ص، ١٠٢.

المطلب الثالث: المناقشة

أ- مناقشة ادلة الراي الاول:

أولاً: أمّا حديث « لا حبس عن فرائض الله » فهو حديث ضعيف لأنّ في اسناده ابن لهيعة وأخيه وكلاهما ضعيف لا يحتج بمثلهما ومثل هذا الأثر الواهي لا ينهض لمعارضة حديث وقف عمر الذي مر بنا في أدلة الفريق الثاني.

ثم وعلى فرض التسليم بصحة هذا الحديث، فليس فيه ما يمنع الوقف أو لزومه؛ لأنّ الواقف إنما يتصرف في خالص ملكه أثناء حياته وفي هذه الحالة لا يكون الوارث مستحقاً حتى يقال إنّ الوقف قد منع الحق عن الورثة، إذ منع الحق عن صاحبه، فرع ثبوته له، واستحقاقه إيّاه، ومعلوم أن الوارث لا يستحق الإرث، ولا يتعلق حقه بالتركة، إلا في حالتين: أولاهما: حالة وفاة المورِّث، والثانية: حالة مرض الموت. على أنه في الحالة الثانية، يجوز للمريض مرض الموت، أن يتصرف في ماله في حدود الثلث تبرعاً.

وليس أيٌّ من الحالتين السابقتين، ينطبق على حال الواقف الذي يتصرف في خالِص ماله وقفاً لله تعالى حال حياته وفي تمام أهليته، وصحته. وعلى هذا فلا دلالة في هذا الحديث على منع الوقف أو عدم لزومه[١].

ثم ومما يبين ضعف هذا الحديث ابطاله للوقف واعتباره حبساً عن فرائض الله، وهذا يستدعي ابطال الهِبات والوصايا والصدقات لأنّ فيها حبساً عن فرائض الله؛ لأنّها لو لم تكن لوصلت إلى الفرائض كلٌ حسب حصته، وهذا لا يقول به أحد فان قالوا إن هذه التبرعات المذكورة قد ورد بها نص، قلنا والحبس « الوقف » ورد به نص صحيح صريح وقوي يثبته ويبين مشروعيته فبطل على ذلك قولكم[٢].

أقول: والحق أن معنى الحديث: « لا حبس عن فرائض الله » إذا سلمنا بصحته ليس ما قالوا بل معناه: أي لا تحبسوا بعض الورثة عن نصيبهم في ميراثهم بحرمانهم

---

(١) فتحي الدريني، بحوث في الفكر الإسلامي، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٦٩٨-٦٩٩.

(٢) ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص، ١٧٧.

منه كان تحرموا بعض الأولاد وتعطوا بعضهم الآخر إيثاراً لهم وتفضيلاً أو تحبسوا النساء عن نصيبهن في الميراث وتعطوه للذكور من الورثة.

ثانياً: أمّا الرّواية الثانية: «لا حبس بعد سورة النساء».

قال ابن حزم بعد أن بين أن الحديث كلّه برواياته موضوع، قال وآية وضعه أن سورة النساء أو بعضها نزلت بعد أُحد، وحبس الصحابة بعلم رسول اللّه صي الله عليه وسلم بعد خيبر وبعد نزول آية المواريث في سورة النساء وهذا أمر متواتر جيلاً بعد جيل، ولو صح هذا الخبر لكان منسوخاً باتصال الحبس بعلم رسول اللّه صلى الله عليه وسلم إلى أن مات[1].

ثالثاً: أمّا ما جاء عن شريح أنه قال: «جاء محمد ببيع الحبس»

قال ابن حزم قال علي بن المديني: هذا منقطع بل الصحيح خلافه، وهو أن محمداً صلى اللّه عليه وسلّم جاء باثبات الحبس نصاً. ثم ان هذا اللفظ يقتضي أنه قد كان الحبس وقد جاء محمد صلى الله عليه وسلم بابطاله، وهذ باطل يعلم بيقين؛ لأنّ العرب لم تعرف في جاهليتها الحبس الذي اختلفا فيه وإنّما هو اسم شرعي جاء به محمد صلى الله عليه وسلم.

أقول وهذا لا ينبغي أنْ يؤخذ به -أي قول شريح- لأنه قول تابعي، وليس بدليل، ثم إنّه قد خالف الحديث الصحيح في وقف عمر والصحابة، ثم ان معناه ليس في الوقف الذي جاء في شريعة الإسلام، بل حبس الجاهلية بما كانوا يسمونه السائبة والبحيرة والوصيلة والحامي، فالسائبة هي الناقة تلد عشر إناث متوالية فيكرمونها بالتسييب فلا تركب ولا تحلب ولا يجز وبرها، والبحيرة: هي ما ولدت بعد تسييبها فحكمها حكم السائبة، لكن تشق إذنها لتعرف، والبحر الشّق.

وأمّا الوصيلة في الابل والشاة وهي ما ولدت سبعة أبطن إثنين إثنين والسّابع ذكر وانثى فسميت وصيلة إذ وصلت الانثى بالذكر فيسيبونها كما مرّ وإذا مات شيءٌ مما ذكر أكلها الرجال لا النساء. وأمّا الحامي فهو الفحل الذي ينتج ولد ولده فيسيب ويقال: قد حمى ظهره[2].

---

(١) ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص، ١٧٧.

(٢) ابن الهُمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج٦ ص ١٩٢. ابن المرتضى، البحر الزخّار، مصدر سابق، ج٤ ص١٤٩.

فهذه التصرفات الجاهلية فيها حبس للأموال عن الانتفاع بها بغطاء من معتقدات جاهلية لا أصل لها من عقل أو دين لذا جاء محمد صلى الله عليه وسلم بابطالها وهذا معنى قول شريح.

رابعاً: ويجاب عن حديث عبد اللّه بن زيد صاحب الاذان بالقول:

١- إنّه ليس في هذا الحديث ذكرٌ للوقف، والصدقة من الالفاظ غير الصريحة الدالة على الوقف، ولكنها عند تجردها من الألفاظ الدالة على التأبيد كلفظة التأبيد والتحريم ونحو ذلك فإنها تنصرف إلى الصدقة التي هي نوع من أنواع الهبات ولهذا فإن الصدقة في هذا الحديث ليست وقفاً بل صدقة عادية. جعل أمرها عبد اللّه إلى رسول اللّه صلى الله عليه وسلم ليصرفها في الوجه الذي يراه من وجوه الخير فلما جاء أبواه ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما بهما من فقر وحرمان صرفها لهما ثم لمّا ماتا رجعت ميراثاً له -أي لعبد اللّه بن زيد-[1].

٢- ويحتمل أن الحائط كان لهما -لأبويه- وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه واتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فرده إليهما.

ب- مناقشة أدلة الرأي الثاني

أولاً: مناقشة الدليل الأول: وهو حديث وقف عمر[2].

ناقش المانعون للزوم الوقف مناط استدلال القائلين باللزوم استدلالاً من حديث وقف عمر، وهو الشرط الصريح في وقف عمر، والذي اتخذه الصحابة مِنْ بعده أساساً لأوقافهم فقالوا، إنّ هذا الشرط في قوله: «غير أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» مصدره عمر نفسه، لا الشّارع، بدليل اسناده إلى عُمر في بعض الرّوايات، فوجب العمل به على أنه «شرط الواقف» احتراماً لارادته فيما يتصرف في ملكه، كما تحترم ارادة الموْصي في وصيته، فكان اللُّزوم والتأبيد في وقف عمر، أثراً لشرط الواقف لا عملاً بنص الشارع.

---

(١) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٥ ص١٨٥.

(٢) فتحي الدريني، بحوث في الفكر الإسلامي، مصدر سابق، ج٢ ص ص ٦٩٨-٦٩٩.

ويجاب عن ذلك: أنّه قد ورد في الروايات المختلفة لهذا الحديث، ما يفيد صراحة أن الشرط إنما كان مصدره المشرع نفسه بياناً لماهية الوقف، حيث قد أمر النبي صلى اللّه عليه وسلّم عمر وامتثل رضي اللّه عنه لهذا الأمر الواقع من الرّسول صلى اللّه عليه وسلم، وبذلك يُدفع اللبس الذي نشأ من إسناد بعض الرواة الشرط إلى عمر رأساً، ويتم بذلك التوفيق بين الروايات المختلفة.

هذا ولم أجد لهم مناقشة للحديث الثاني الذي استدل به أصحاب الرأي الثاني، ولا كذلك الإجماع الذي استدلوا به، وهذان الدليلان صريحان في الدلالة على لزوم الوقف فلا مجال لتوجيه النقد إليهما.

جـ- مناقشة الراي الثالث

ويناقش أصحاب هذا القول في قولهم بجواز الرجوع للواقف أي وقت شاء إذا اشترط ذلك استدلالاً بحديث «المسلمون عند شروطهم»[١]. بأن هذا شرط ممنوع شرعاً ولا يجوز لأنه شرط يحل الحرام وهو ممنوع بنص حديث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو شرطاً حرم حلالاً»[٢] وعرفنا أنّه شرط منوع شرعاً لأنّه يناقض مقتضى حديث عمر الذي تقدم لك والذي يدل دلالة صريحة واضحة على تأبيد الوقف بمجرد صدوره، وأن من صفات الوقف اللزوم والتأبيد وعدم جواز الرجوع للتصرف بأي شكل كان، فالعمل بهذا الشرط منافٍ لمقتضى هذا الحديث فلا يجوز والحالة هذه العمل به.

المطلب الرّابع: الترجيح

والذي يترجح لدي من هذه الأقوال القول الثاني الذي يلزم عنده الوقف بمجرد تمامه فلا يجوز بعد ذلك فسخه ولا الرجوع فيه ولا التصرف بأي شكل كان، سواء حكم به حاكم أم لم يحكم. وذلك للأسباب التالية:

أولاً: إن رأي أبي حنيفة وزفر مناقض للأحايث الصحيحة الواردة في الموضوع. وهو رأي لا يستند إلى دليل قوي وقد عرفنا من خلال مناقشة أدلته ضعفها ووهاء

---

(١) سبق تخريجه في ص، ١٠٣.

(٢) سبق تخريجه في ص، ١٠٣.

أمرها. ثم ان حديث وقف عمر لم يصل إلى أبي حنيفة وأصحابه، لذا كان أبو يوسف صاحب أبي حنيفة على رأي امامه في بيع الوقف حتى قدم بغداد وحدثه اسماعيل بن علّية بحديث وقف عمر رضي الله عنه فقال: هذا لا يسع أحدٌ خلافه، فرجع عن قول إمامه وقال بقول سائر أهل العلم بلزوم الوقف[1].

ثانياً: صراحة حديث وقف عمر في الدلالة على اللزوم بقوله «لا يباع أصلها، ولا يوهب ولا يورث» وهذا يدل على اللُّزوم قطعاً.

ثالثاً: لاجماع الصحابة على لزوم الوقف فلم يرد عن أحد منهم أنه رجع في وقفه وأوقافهم مشهورة.

رابعاً: إنّ قول المالكية بجواز الرُّجوع في حالة الإشتراط يُعدُّ مناقضاً لمقتضى الأحاديث الصحيحة الدالة على تأبيد الوقف وهو على هذا شرط باطل غير معتبر.

المطلب الخامِس: راي القانون المدني الأردني في مسالة حكم الرُّجوع في الوقف.

نصَّت المادة (١٢٤٣) في الفقرة الأولى منها على أنه «بعد إتمام الوقف لا يوهب الموقــوف، ولا يورث، ولا يوصى به ولا يرهن، ويخـــرج عن مِلك الواقف، ولا يملّك للغير.

فهذه المادة تبيِّن أن الوقف بعد إتمامه بالاشهاد الرَّسمي لدى المحكمة المختصة، أنه لا يجوز الرجوع فيه أو التصرف بأي نوع تصرف لا بهبة، ولا ببيع، ولا بوصية، ولا برهن لأنه خرج عن مِلك الواقف ولكنه لم يدخل إلى مِلك الموقوف عليهم ولكن لهم استغلال المنفعة فقط دون الرقبة، فلزوم الوقف على هذا من جهة الواقف وجهة الموقوف عليهم أيضاً.

(١) أنظر الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٧ ص٥١١. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٥ ص٢٠٩. ابن مودود الموصلي، الإختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٤١.

الفصل الخامس

الرُّجوع في الوصية

ويتألف من المباحث التالية:-

- المبحث الأول: تعريف الوصية لغةً، واصطلاحاً.
- المبحث الثاني: حكم الرجوع في الوصية.
- المبحث الثالث: طرق الرُّجوع في الوصية.

المبحث الأول: تعريف الوصية لغةً، وشرعاً

المطلب الأول: تعريفها لغةً[(١)]: اوصاه ووصاه توصيةً عهد إليه والإسم الوصةُ والوصايةُ والوصيةُ وهو المُوصى به أيضاً والوصيُّ المُوصي والمُوصّى. وهي وصيٌّ أيضاً، وصّى إليه وله بشيء جعله له، ووصّى فلاناً إليه: عهد إليه ووصّى فلاناً: جعله وصيَّهُ يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته وصّى بالشيء فلاناً: أمره به وفرضه عليه يقال وصّى الله الناس بكذا وكذا.

الوصية: ما يُوصى به جمعها وصايا.

المطلب الثاني: تعريفها شرعاً

عرفها الفقهاء بأنها: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع[(٢)]. وبهذا عرفها القانون المدني الأردني في الفقرة الأولى من المادة (١١٢٥) والتي نصها «الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت».

---

(١) القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، دار الجبل، بيروت، باب الواو والياء فصل الواو مادة (وصاة) ، ص٤٠٣.
المعجم الوسيط، ج٢، دار عمران، طبعة ٣، ١٩٨٥، مادة (وصّى)، ص١٠٨٠.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٨ ص٥١٣. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩. الغزالي، الوسيط في المذهب، مصدر سابق، ج٤ ص٤٠١. ــــــ، تتمة الروض النضير، مصدر سابق، ج٤ ص١٠٥ المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج٧ ص١٨٣.

المبحث الثاني: حكم الرُّجوع في الوصية

المطلب الأول: اراء العُلماء في هذه المسالة:

اختلف العُلماء في الرجوع في الوصية على رأيين، وهما:

١- الراي الأول: قالوا إنّ للموصي الرجوع في جميع ما أوصى به أو في بعضه، عتقاً كان أو غير عتق، مالم يمت.

وهذا قول عطاء، والزهري، وقتادة، وإسحاق، وأبو ثور، وهو قول الحنفية[١]، والمالكية[٢][٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، والظاهرية في حال إيصائه باعتاق رقبة عنه غير مملوكة له حين الوصية[٦]، وهو رأي الزيدية[٧] والأظهر عند الإباضية إذا لم يعين رقبة معينة، وهذا في الحكم «قضاءً» لا فيما بينه وبين اللّه تعالى[٨]، وهو رأي الإمامية أيضاً[٩].

الراي الثاني: قالوا: إنّ للموصي الرجوع في جميع ما أوصى به مالم يمت، إلا الوصية بالعتق فلا رجوع له فيها.

---

(١) الموصلي، الإختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٦٥.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٤٢٤-٤٢٨. المواق، التاج والاكليل على مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٨ ص٥٢٢. الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسائل، مصدر سابق، ج٤ ص٥٨٧. الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٨ ص١٧٣.

(٣) قول المالكية هذا على المعتمد عندهم وهو جواز الرُّجوع ولو التزم عدم الرُّجوع ومقابله أنه في حال إلتزامه بعدم الرُّجوع لا يجوز له الرُّجوع.

(٤) المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج١٥ ص ص٤٩٩-٥٠٢. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٤. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٧١. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٨ ص٣٠٩.

(٥) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣٤٨. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٥.

(٦) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج٩ ص٣٤١.

(٧) ابن المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٥ ص٣٢٠. الصنعاني، التاج المذهب، مصدر سابق، ج٤ ص٣٨٤. الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، ج٣ ص ص ٤٤٨-٤٥٩.

(٨) إطفيش، شرح النيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ص ٦١٤-٦١٥.

(٩) العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، مصدر سابق، ج٥ ص١٣، ٥١. الطباطباني، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص٢٢١، ٢٣٢.

وقال بهذا الشعبي، وابن سيرين، وشبرمة، والنخعي، والثوري، والظاهرية[١] في حال كون الرقبة الموُصى باعتاقها مملوكة للموصي حين الوصية. أمّا إذا لم تكن مملوكة حين الوصية فله الرجوع في الوصية بها. وكذلك هو رأي الإباضية[٢].

المطلب الثاني: الأدلة

أ- ادلة الفريق الأول[٣]:

١- قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه «يغيِّر الرجل ما شاء من وصيته»[٤].

وجه الدلالة: وهذا لا يستثني عتقاً ولا غيرة.

٢- ولأنّها عطية تنجز بالموت، فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها، كالهبة قبل القبض.

٣- ولأنّها وصية فملك الرجوع فيها كغير العتق وتفارق الوصية بالعتق التدبير؛ لأنّه -أي التدبير- تعليق على شرط، فلم يملك تغييره، كالتعليق على صفة في الحياة.

ادلة الفريق الثاني[٥]

١- استدل ابن حزم بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [٦] قال: وكان عهده بعتقه عبده إن مات عقداً مأموراً بالوفاء به، وما هذه صفته فلا يحل الرجوع فيه، وأمّا سائر الوصايا فإنّما هي مواعيد، والوعد لا يلزم إنفاذه.

٢- قالوا ولأنّ الوصية بالعتق إنّما هي إعتاق بعد الموت، فلم يملك تغييرها، كالتدبير.

---

(١) ابن حزم، المحلّى، مصدر سابق، ج٩ ص٣٤١.

(٢) إطفيّش، شرح النّيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ص ٦١٤-٦١٥.

(٣) المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج ١٥ ص٥٠٢، ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٥. الخرشي، شرح الخرشي، مصدر سابق، ج٨ ص١٧٣.

(٤) أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج٦، ص٢٨١، كتاب الوصايا، باب الرجوع في الوصية وتغيرها. كما رواه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الوصايا، باب الرجل يعود في وصيته حديث رقم (١٦٣٨٣) وحديث رقم (١٦٣٨٨).

(٥) ابن حزم، المحلّى، مصدر سابق، ج٩ ص٣٤١-٣٤٢. المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، ج ١٥ ص٥٠٢.

(٦) سورة المائدة: آية ١.

المطلب الثالث: المناقشة

أ- مناقشة أدلة الفريق الأول

١- أمّا قول عمر فهو قول صحابي، ولا يعدُّ حجة؛ لأنه لا حجة بقول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يكون قولهم بأنَّ عمر قال هذا، ولم يعارض من الصحابة، ولم يرد منه مخالف له فيكون إجماعاً فيقررون على ذلك.

٢- أمّا قياسهم العتق على غيره من الوصايا فقياس مع الفارق؛ لأنّ العتق ليس كبقية الوصايا، فهو مثل التدبير الذي هو تعليق العتق بالموت، وحيث إنّ التدبير لا رجوع فيه، فكذلك الوصية بالعتق.

* ويمكن أن نرد على هذا الاعتراض بأن التدبير تصرف تام معلق بالموت، فهو عتق تام في الحقيقة، إلا أنّ وقت نفاذه حصول الموت للمدبِّر، وكذلك تكون الصيغة فيه اعتقتك بعد موتي. أمّا الوصية بالعتق فليست كالتدبير؛ لأنّها لم تتم، ولا علقت بالموت، فهي بمنزلة الوَعدْ والوعد غير ملزم، والمتأمل بصيغة الوصية بالعتق لا يجد فيها عتقاً في الحقيقة وإنما أمر به بعد الموت، لذا عندما يقول الموصي اعتقوا عني عبداً أو اعتقوا عبدي فلان بعد موتي، فإنّ المتأمل في هاتين الصيغتين يجد أنّه ليس ثمة عتق قد حصل وإنّما هو بمنزلة وعد والوعد على الصحيح غير لازم.

ب- مناقشة أدلة الفريق الثاني:

أمّا الآية التي استدلَّ بها ابن حزم فلا حجة فيها؛ لأنّها تتحدث عن العقود والعتق أو الوصية ليس عقداً بل إسقاط حق هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنّها تتحدث عن العقود اللازمة التامة. ومعلوم أنَّ الوصية لا تلزم إلا بموت الموصي، فقبل ذلك تبقي في دائرة الجواز ولا يطالب المرء باتمامها، أمّا قياسهم الوصية بالعتق على التدبير فقد ناقشناه في الردِّ على أدلة الفريق الأول والذي مرّ بك قبل قليل.

المطلب الرّابع: الترجيح

والذي أراه راجحاً من هذين الرأيين هو رأي الفريق الأول القائل بجواز رجوع المُوصي في كل ما أوصى به عتق أو غير عتق مالم يمت وذلك؛ لأنّه وصية أشبه سائر الوصايا.

المطلب الخامس: راي القانون المدني الأردني في هذه المسالة.

نصت المادة (١١٢٦) من القانون المدني الأردني على أن الوصية تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها.

هذا وقد بينت المذكرة الايضاحية للقانون أن احكام الرجوع وغيرها من الأحكام تحدده أحكام الشريعة الإسلامية، وعلى هذا فإن حكم القانون في كل مسائل الرجوع سيكون موضحاً حسب ما جاء في المسائل الفقهية الواردة في الموضوع.

المبحث الثالث: بماذا يتم الرجوع «طرق الرجوع»

يتم الرجوع بالألفاظ والأفعال التي تدل عليه

المطلب الأول: أمّا الألفاظ فهي على قسمين: صريحة وغير صريحة.

أولاً: أمّا الصريحة: فكقول الموصي: رجعتُ في وصيتي، أو أبطلتها أو غيرتها، أو فسختها، أو نقضتها، أو هذا لوارثي، أو ميراثي، ونحو ذلك من الصرائح[١].

ثانياً: أمّا الألفاظ غير الصريحة فقد إختلف العُلماء حولها، والآن نذكر أهمها مع بيان أراء العلماء فيها:

١- قول المُوصي: هي حرام عليه -أي على المُوصى له- فهذا يعدُّ رجوعاً، على المذهب عند الشافعية[٢]، وبعض الحنابلة[٣]، والإمامية[٤]. وليس برجوع عند بعض الشافعية[٥] وبعض الحنابلة[٦].

أما دليل الأول من هذين الرأيين: قالوا لأنه لا يجوز أن يكون وصية له وهو محرم عليه.

وأما دليل الرأي الثاني، والقائل بأنه ليس برجوع،: قالوا لأنّه ليس بصريح لاحتمال ارادته معنى آخر.

---

(١) الموصلي، الإختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٦٥. الدُسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص ٤٢٨. المَواق، **التاج والاكليل على مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٨ ص٥٢٢. المطيعي، **تكملة المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق، ج١٥ ص ص٤٩٩، ٥٠٣. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٧١. البهوتي، **كشّاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٤٨-٣٤٩. المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج٧ ص٢١١. ابن مفلح، **المبدع**، مصدر سابق، ج٦ ص٢٥. الصنعاني، **التاج المذهّب**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٨٤. العاملي، **الرّوضة البهية**، مصدر سابق، ج٥ ص٥١. الطباطبائي، **رياض المسائل**، مصدر سابق، ج٦ ص٢٣٢، ٢٣٣.

(٢) النوّوي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٤.

(٣) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٢.

(٤) الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص ص ٢٣٢-٢٣٣.

(٥) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٧١.

(٦) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٢.

٢- قول الموصي ما أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لآخر غيره، فهو رجوع عند الحنفية[١] وبعض الشافعية[٢] والحنابلة بلا خلاف[٣]. وقال بعض الشافعية[٤] ليس برجوع.

٣- وإن قال المُوصي هو تركتي فليس برجوع على الأصح عند الشافعية[٥]، وقال بعض الشافعية[٦] إنّه رجوع.

أمّا دليل القول الأول: فلأنَّ الوصية من جملة التركة.

وأمّا دليل القول الثاني: فلأنَّ التركة للورثة.

المطلب الثاني: الأفعال التي تدل على الرُجوع:

بداية نقصد بالأفعال التصرفات التي يقدم عليها المُوصي، ويكون فيها دلالة على عدول المُوصي عن وصيته، وقد اختلف العُلماء في دلالة هذه التصرفات على الرجوع لذا، فإنّنا سنذكر أهم هذه التصرفات وسنبين آراء العلماء فيها وأدلتهم على كونها تدل على الرجوع أو عدمه.

أولاً: ما يدل على إزالة الملك عن المُوصى به، مثل:

١- البيع: وهو رجوع بالاتفاق. عند الحنفية[٧]، والمالكية[٨]، والشافعية[٩]، والحنابلة[١٠] والزيدية[١١]، والإباضية[١٢]، والإمامية[١٣].

---

(١) الموصلي،الإختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٦٦.

(٢) المطيعي، تكملةالمجموع، مصدر سابق، ج١٥، ص٤٩٩.

(٣) البهوتي،كشّافالقِناع، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٣٤٨-٣٤٩. ابن مفلح،المبدع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٥.

(٤) النوّوي، روضةالطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٤.

(٥) النوّوي، روضةالطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٤.

(٦) المطيعي، تكملةالمجموع، مصدر سابق، ج١٥، ص٤٩٩.

(٧) الموصلي،الإختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٦٥.

(٨) الحطاب، مواهبالجليل، مصدر سابق، ج٨ ص ٥٢٢. المَواق، التاج والاكليل على مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٨ ص٥٢٢.

(٩) النوّوي، روضةالطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٤. الخطيب الشربيني، مغنيالمحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٧١.

(١٠) المرداوي،الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٢. ابن مفلح،المبدع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٦.

(١١) الصنعاني، التاجالمذهّب، مصدر سابق، ج٤ ص٣٨٤.

(١٢) إطفيّش، شرحالنّيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ٦٢٢.

(١٣) العاملي،الرّوضةالبهية، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٥١-٥٢. الطباطبائي، رياضالمسائل، مصدر سابق، ج٦ ص٢٣٣.

٣- الرهن: اختلف العُلماء في رهن الشيء المُوصى به من قبل المُوصي، هل يعدُّ رجوعاً، على ثلاثة أقوال هي:

* القول الأول: يعدُّ الرهن رجوعاً مطلقاً قبل الاقباض وبعده، وقال بهذا الشافعية في الأصح عندهم[١]، والصحيح عند الحنابلة[٢]، والأقوى عند الإمامية[٣].

* القول الثاني: يعدُّ الرهن رجوعاً بعد الإقباض لا قبله، وقال بهذا الشافعية في المرجوح عندهم[٤]، والمرجوح عند الامامية[٥].

* القول الثالث: يعدُّ الرهن رجوعاً مطلقاً، وقال بهذا المالكية[٦]، وبعض الشافعية[٧] والمرجوح عند الحنابلة[٨].

الأدلة:-

أ- دليل أصحاب القول الأول:

قالوا يعتبر الرهن رجوعاً مطلقاً؛ لأنّ فيه دلالة على قصد الرُّجوع[٩]

ب- دليل أصحاب القول الثاني:

قالوا لأنّ الرهن قبل الإقباض ليس فيه دلالة واضحة على الرجوع لعدم لزوم

---

(١) النوّوي، روضةالطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٤. الخطيب الشربيني، مغنيالمحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٧١. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٨ ص ص٣١٣-٣١٤.

(٢) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٢. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٦.

(٣) الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص ٢٣٣. العاملي، الرّوضةالبهية، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٥١-٥٢.

(٤) النوّوي، روضةالطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٤. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٨ ص ص٣١٣-٣١٤.

(٥) الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص ٢٣٣. العاملي، الرّوضةالبهية، مصدر سابق، ج٥ ص ص ٥١-٥٢.

(٦) الدُسوقي، حاشيةالدُّسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٠. الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص٥٨٩.

(٧) الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٨ ص٣١٤.

(٨) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص ٣٤٩.

(٩) الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧٨.

الرهن قبل الإقباض أمّا بعده فيلزم الرهن وفي هذا يكون تعريضاً للشيء الموصى به لزوال المِلك عنه لأنّه قد يؤخذ بالرّهن[1].

جـ- دليل أصحاب القول الثالث:

قالوا لأنّ الرّهن لا يزيل المِلك[2].

* القول المختار:

والذي أميل إليه هو الرأي الثاني لأنّ الرّهن قبل الإقباض غير لازم فليس فيه تعريض للبيع أمّا بعده فهو لازم وقد يزال المِلك عن الشيء المُوصى به ويباع في الرّهن وفي هذا دلالة قوية على تخلي المُوصي عن وصيته لأنّه عرضها للزوال برهنها.

٤- الاعتاق: فإذا أعتق المُوصي العبد المُوصى به فقد اتفق العُلماء على أنّه يعدُّ رجوعاً عن الوصية[3].

* الدليل: لأنّه تصرف يزيل المِلك عن المُوصى به.

٥- الكِتابة: وهي أن يدفع العبد لسيده ما يتفقان عليه من مال مقابل اعتاقه. وقد اختلف الفقهاء في إعتبارها رجوعاً في الوصية على قولين هما:-

١- القول الأول: تعد الكتابة رجوعاً في الوصية. وهذا رأي المالكية[4]، والشافعية[5]، والمذهب عند الحنابلة[6]، والإباضية[7].

---

(١) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٧١. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧٨.

(٢) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ ص٧١.

(٣) الموصلي، الإختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٦٥. النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٤. الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٨. المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٢. إطفيش، شرح النيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ٦٢٢. الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص ٢٣٣.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٨ ص ٥٢٢. المواق، التاج والاكليل على مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٨ ص٥٢٢.

(٥) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٧١.

(٦) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٢. البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص ٣٥٠. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٦.

(٧) إطفيش، شرح النيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ٦٢٢.

٢- القول الثاني: لا تعد رجوعاً، وهذا قول بعض الحنابلة[١].

الأدلة:

أ- دليل القول الأول[٢]:

وذلك لإشعارها بالرّجوع وإن لم تخرج بعد عن مِلك الموصي.

ب- دليل القول الثاني[٣]:

قالوا: لأنّ الكتابة لا تخرج الموصى به عن مِلك المُوصي حتى يسدد العبد ما عليه، لأنّه ربما يعجز عن السّداد فتكون باقية على مِلك صاحبها.

* القول المختار: إنّ الكتابة تعدُّ رجوعاً، وذلك لإشعارها بالرُّجوع والإعراض عن الوصية. بل هي بمنزلة البيع، وأي فعل يزيل المِلك حيث العبد المُوصى به في طريقه إلى التحرر.

* مسألة: إذا عرض المُوصي الوصية للبيع، أو الهِبة، أو الرَّهن، أو أوجبها، بمعنى تمّ الإيجاب من ناحية المُوصي، ولم يتم القبول بعد من ناحية الموصى له. فإنّه في هذه الحالة اختلف العُلماء في عدّ ذلك رجوعاً في الوصية على قولين، وهما:

١- القول الأول: إنّ ذلك يعدُّ رجوعاً وقال بهذا الشافعية في الأصح عندهم[٤]، والحنابلة في الصحيح من المذهب[٥] والإمامية على الأقوى[٦].

---

(١) المرداوي،الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٢.

(٢) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٧١.

(٣) ابن مفلح،المبدع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٦.

(٤) الخطيب الشربيني، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٩٥. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٨ ص٣١٢.الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٧٢.

(٥) المرداوي،الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٢. ابن مفلح،المبدع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٦.

(٦) الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص ٢٣٣.

٢- القول الثاني: لا يعدُّ رجوعاً.

وهذا قول بعض الحنابلة[١]، وبعض الإمامية[٢].

* ثانياً: الأدلة

أ- دليل الفريق الأول:

قالوا إنّه يعدُّ رجوعاً؛ لأنّه توسل إلى أمر يحصل به الرجوع[٣].

ب- دليل الفريق الثاني

قالوا: لأنّه كإجارة وتزويجه، ومجرد لبسه فإنّ ذلك لا يعد رجوعاً، وهذا مثله[٤].

ثالثاً:- الراي المختار

والذي أراه أنّ قول الفريق الأول هو الصحيح؛ وذلك لما يلي:

اولاً: لأنّه أمر يشعر بالاعراض عن الوصية والرجوع فيها.

ثانياً: لأنّ قياس الفريق الثاني هذه الأمور على التزويج والإجارة ومجرد اللبس، ونحو ذلك قياس مع الفارق؛ لأنّ عرضه على البيع والهبة والرّهن سبيل إلى نقل ملكيته إلى غير الموُصي، أمّا ما ذكره الفريق الثاني من الإجارة ونحوها، فإنّه ليس فيها نقل لملكية الموُصى به، ولذلك فالقياس عليه لا يصح ولا يستقيم.

مسالة: إذا أوصى الموُصى بشيءٍ معين لزيد، ثم أوصى به لعمرو، ولم يتكلم، فهل يعدُّ هذا رجوعاً عن الوصية لزيد؟

اختلف العُلماء في هذه المسالة على ثلاثة أقوال، وهي:

---

(١) البهوتي، كشّاف القِناع، مصدر سابق، ج٤ ص ٣٥٠.

(٢) العاملي، الرّوضة البهية، مصدر سابق، ج٥ ص٥١-٥٢.

(٣) الماوردي، الحاوي مصدر سابق، ج٨ ص٣١٢. الخطيب الشربيني، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٩٥.

(٤) البهوتي، كشّاف القِناع، مصدر سابق، ج٤ ص ٣٥٠.

١- القول الأول: إنّه يعدُّ رجوعاً، وتكون لعمرو، وهذا قول المالكية إذا وجدت قرينة تدل على ذلك[١]، وقول بعض الشافعية[٢]، وبعض الحنابلة[٣]، والزيدية[٤] إلا أن يُعرف من قصده عدم الرجوع فيشتركان، وهو قول بعض الإباضية[٥]، والإمامية[٦].

٢- القول الثاني: إنّه لا يعدُّ رجوعاً، يسوي بينهما؛ أي يشتركان فيها، وهذا قول الحنفية[٧]، والمالكية في حال عدم وجود قرينة تدل على الرُّجوع[٨]، والصحيح عند الشافعية[٩]، والمذهب عند الحنابلة[١٠]، ورأي عند بعض الإباضية[١١].

القول الثالث: إنّ ذلك لا يعدُّ رجوعاً، وتكون للأول: أي تبقى لزيد وهذا قول بعض الحنابلة[١٢]، وداود الظاهري[١٣]، وبعض الإباضية[١٤].

---

(١) الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص٥٨٩. الدُسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص ص٤٢٩-٤٣٠.

(٢) القفّال، حلية العُلماء، مصدر سابق، ج٦ص١٣٣. للغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧٧. النوّوي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣٥٠.

(٣) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٤ ص٢١١. البهوتي، كشّاف القِناع، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٣٤٨-٣٤٩.

(٤) الصنعاني، التاج المذهّب، مصدر سابق، ج٤ ص٣٨٥.

(٥) إطفيّش، شرح النّيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ٦١٦.

(٦) الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج٤ ص ص ١٥٤، ١٥٥.

(٧) الموصّلي، الإختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٦٦.

(٨) الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص٥٨٩. الدُسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص ص٤٢٩-٤٣٠.

(٩) الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧٧. القفّال، حلية العلماء، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٣.

(١٠) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص٢١١. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٥. البهوتي، كشّاف القِناع، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٣٤٨-٣٤٩.

(١١) إطفيّش، شرح النّيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ٦١٦.

(١٢) المرداوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٧ ص٢١١. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج٦ ص٢٥.

(١٣) القفّال، حلية العلماء، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٣.

(١٤) إطفيّش، شرح النّيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ٦١٦.

* ثانياً: الأدلة

أ- دليل الفريق الأول:

ويستدل لهذا الفريق بأنّ تغيير الموصَى له يدل على الرُّجوع إذ لو أراد الموُصي إبقاء الوصية له لم يوصي بالشيء الموُصى به له إلى غيره.

ب- دليل الفريق الثاني: إنّه ليس برجوع لاحتمال إرادة المُوصي التشريك بينهم فيشرك بينهما، كما لو قال دفعة واحدة أوصيت لكما[(١)].

جـ- دليل الفريق الثالث:

يستدل لهؤلاء بأنّ الأمر محتمل للرجوع، ومحتمل لنسيان الوصية الأولى وعدم الرجوع، فالقول بأنّه رجوع يعدُّ شكاً، والأصل طرح الشك والبقاء على اليقين، وهو بقاء الوصية على حالها.

* ثالثاً: القول المختار:

١- والذي أراه هو القول بقول الفريق الثالث في عدم اعتبار ذلك رجوعاً، لاحتمال نسيان الموُصي أنه قد أوصى للأول، وحيث إنّه لم يصرح فيجب بقاء الأمر على اليقين، وهو بقاؤها للأول وعدم عدُّ ذلك رجوعاً دون تصريح.

٢- ثمَّ إنّه لو أراد الرجوع -أي الموصي- لم يجعل الأمر محتملاً، ولنفي الاحتمال والشك باليقين وهو التصريح بالرجوع.

* مسالة:

إذا أجّر الموصي الموصى به، أو أعاره، أو لبس الثوب أو استخدم الموُصى به، أو زوج العبد الموُصى به، أو ختنه، وذلك من التصرفات التي ليس فيها نقل لملكية الشيء الموُصى به، فهذه التصرفات اتفق الحنفية[(٢)]، والمالكية[(٣)]، والشافعية[(٤)]،

---

(١) النوّوي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٥. البهوتي، كشّاف القِناع، مصدر سابق، ج٤ ص ص ٣٤٨-٣٤٩.

(٢) الموصّلي، الإختيار، مصدر سابق، ج٥ ص٦٦.

(٣) الدّردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٤ ص٥٨٩. الدُسوقي، حاشية الدُسوقي، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٠.

(٤) النوّوي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٦ ص٣١٠. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣ ص٧٢. الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج٤ ص٤٧٨.

والحنابلة[١]، وجمهور الإباضية[٢]، والإمامية[٣] على عدم كونها رجوعاً في الوصية.

وقال بعض الإباضية[٤] إنّ اللباس بخاصة يعتبر رجوعاً بخلاف غيره مما ذكر.

ثانياً: الأدلة

أ- دليل الراي الأول:

١- وذلك لكون هذه التصرفات لا تخرج الموُصى به عن مِلك الموُصي، وليس فيها إشارة على الرُّجوع.

ب- دليل الراي الثاني:

أن اللبس فيه دوام واستمرار، إذ لا يفارقه إلا إلى مدة مع ما فيه من شدة المباشرة[٥].

ثالثاً: الراي المختار

والذي أختاره وأُرجحه هو الرأي الأول، ذلك لأنّ اللباس وغيره من وجوه الإنتفاع المذكورة، ليس فيها ما يشعر بالرُّجوع، ولا تخرج الموُصى به عن مِلك صاحبه، ثم إنّ القول بأن اللباس فيه دوام واستمرار ليس على إطلاقه؛ لأنّه قد يلبسه مرة أو مرتين، فأين الدُّوام والإستمرار هنا؟ وكيف يكون الحكم على ذلك؟

---

(١) البهوتي، كشّاف القناع، مصدر سابق، ج٤ ص ٣٥٠.

(٢) إطفيّش، شرح النّيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ص ٦١٧-٦١٨.

(٣) الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، ج٦ ص ٢٢٣.

(٤) إطفيّش، شرح النّيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ٦١٨.

(٥) إطفيّش، شرح النّيل، مصدر سابق، ج١٢ ص ص ٦١٧-٦١٨.

الخاتمة

لقد توصلت إلى نتائج من خلال هذا البحث وأهمها مايلي:

١- إنّ الرجوع حل لرابطة العقد، وهو فسخ، وأثره يكون من بعد الرجوع وليس له أثر رجعي ينسحب على العقد من بداية إنشائه.

٢- الهِبة بمعناها العام لفظ شامل يشمل الصدقة والهدية والهِبة بمعناها الخاص، فكل هذه مندرجة تحت لفظ الهِبة بمعناها العام، ولا يعني ذلك اتفاقها في الأحكام.

٣- لا بد في الصدقة أن تحمل معنى التقرب من الله تعالى، ولا بد أن يكون التمليك فيها لمحتاج.

٤- إنّ الهِبة لا حكم لها قبل ملكها أو لزومها، و إنّه إذا اختل شرط الملِك أو اللزوم فلا يترتب على الهِبة أثرها ولا تعود لازمةً، لذا يجوز الرجوع فيها في هذه الحالة.

٥- إنّ الرجوع في الهِبة والهدية لا يجوز لاحد بعد اللزوم إلا للأب أو أحد سائر الأصول على رأي أكثر العُلماء.

٦- أن الرجوع في الصدقة بعد لزومها لا يحل لأحد لا لأب ولا لغيره على الصحيح.

٧- قد تكون الهِبة بعوض، ولكنها تكون بيعاً على الرأي الراجح، وتأخذ حكمه.

٨- إنّ الرجوع إذا ثبت للواهِب فلا يحتاج إلى حكم حاكم في حال عدم التراضي بين الواهِب والموهوب له على الراجح، وذلك لأنه حق ثبت بالشرع.

٩- يسقط حق الرجوع باسقاط الواهِب له.

١٠- للمعير أن يرجع عن عاريته في أي وقت شاء، سواء في حال الاطلاق أو التقييد. على رأي الجمهور.

١١- راعت الشريعة جانب المستعير في حال كون العارية مؤقتة بوقت معين، أو مقيدة بعمل معين عند رجوع المعير في عاريته، وكان هذا الرجوع يسبب للمستعير ضرراً، وذلك بتكليف المعير وجبره على ابقاء العارية في يده إلى حين انتفاء الضرر، كما في مسألة الأرض المعارة للزراعة، وكما في مسألة الرجوع في الأرض المعارة للغرس والبناء، وذلك بتكليف المعير بضمان قيمة البناء والغرس في حال كون العارية مؤقته ورجع قبل الوقت.

١٢- الوقف بمجرد تمامه -على الخلاف في ذلك- يلزم ولا يحق للواقف الرجوع عنه.

١٣- الوصية عقد غير لازم أثناء حياة الموصي، فله أن يغير فيها ما يشاء بزيادة، أو نقصان، أو إلغاء بالكلية، ما دام حياً، فإذا مات أصبحت ملكاً ثابتاً لازماً للموصى له، ولا يحق للورثة الرجوع عنه أو طلب نقضه.

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: قائمة المصادر

١- إبراهيم البيجوري (ت ١٢٧٧هـ/١٨٦٠م)، حاشية البيجوري على شرح الغزي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.

٢- إبراهيم بن مفلح، (ت٨٨٤هـ/١٤٧٩م)، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت.

٣- أحمد البعلي (ت ١١٨٩هـ/ ١٧٧٥م)، الروض الندي شرح كافي المبتدي، منشورات المؤسسة السعيدية، الرياض.

٤- أحمد البيهقي(ت ٤٥٨هـ/١٠٦٦م)، السنن الكبرى، وبذيله الجوهر النقي لابن التركماني، دار الفكر، بيروت.

٥- أحمد بن حجر العسقلاني، (ت٨٥٢هـ/١٤٤٩م) تلخيص الحبير في تخريج احاديث الرافعي الكبير، دار المعرفة، بيروت.

٦- أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ/٨٥٥م)، المسند، الطبعة الأولى، دار الحديث، ، القاهرة، ١٩٩٥م.

٧- أحمد الدَّردير، (ت١٢٠١هـ/١٧٨٦م)، الشرح الكبير، وعليه حاشيه الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

٨- أحمد الدَّردير، (ت١٢٠١هـ/١٧٨٦م)، الشرح الصغير، على اقرب المسالِك، دار المعارف، بيروت.

٩- أحمد الرشيدي (ت١٠٩٦هـ/١٦٨٤م)، حاشية احمد بن عبد الرُّزاق المطبوعة على هامش نهاية المحتاج للرملي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.

١٠- أحمد الصَّاوي، (ت١٢٤١هـ/١٨٢٥م)، حاشية الصَّاوي المطبوعة على هامِش الشرح الصغير، دار المعارف، بيروت.

١١- أحمد الصنعاني، التاج المذهب، مكتبة اليمن الكبرى، اليمن.

١٢- أحمد النسائي، (ت٣٠٣هـ/٩١٥م) سنن النسائي، الطبعة الأولى، تحقيق الدكتور عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١م.

١٣- أحمد بن يحيى بن المرتضى (ت٨٤٠هـ/١٤٣٧م) البحر الزخار، دار الحكمة اليمانية، صنعاء.

١٤- اسماعيل بن كثير، (ت٧٧٤هـ/١٣٧٢م)، تفسير القران العظيم، دار الجيل، بيروت.

١٥- برهان الدِّين الميرغيناني (ت٥٩٣هـ/١١٩٧م) ، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الاسلامية .

١٦- جمال الدِّين الزيلعي (ت٧٦٢هـ/ ١٣٦٠م)، نصب الرَّاية في تخريج احاديث الهداية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦م .

١٧- زين الدين العاملي (ت ٩٦٥هـ/١٥٥٧م)، الروضة البهية شرح اللُّمعة الدمشقية، دار التعارف للمطبوعات، بيروت.

١٨- زين الدين بن نجيم (ت ٩٧٠هـ/١٥٦٢م)، البحر الرَّائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثالثة، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م.

١٩- زين الدين بن نجيم (ت٩٧٠هـ/١٥٦٢م)، الاشباه والنظائر، دار الفكر، لبنان.

٢٠- سليمان أبو داوود (ت ٢٧٥هـ/٨٨٨م)، سنن ابي داوود، الطبعة الأولى.

٢١- سليمان البيجرمي (ت١٢٢١هـ/ ١٨٠٦م)، حاشية البيجرمي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦م.

٢٢- سيف الدين أبي بكر محمد القفّال، (ت ٥٠٧هـ/١١١٣م)، حلية العُلماء، الطبعة الأولى، مكتبة الرسالة، عمان.

٢٣- شرف الدين اسماعيل المقرئ، (ت ٨٣٧هـ/١٤٣٣م)، إخلاص النّاوي، القاهرة، ١٩٩٠.

٢٤- شرف الدِّين الحُسين السَّياغي، (ت ١٢٢١هـ/١٨٠٦م) الروض النظير، الطبعة الثانية، مكتبة اليمن الكبرى، اليمن، ١٩٨٥.

٢٥- شمس الدين محمد الدُسوقي، (ت ١٢٣٠هـ/١٨١٤م)، **حاشية الدُسوقي على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

٢٦- شمس الدين محمد الرَّملي، (ت ١٠٠٤هـ/١٥٩٥م)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.

٢٧- شمس الدين محمد السَّرخسي (ت ٥٧١هـ/ ١١٧٥م)، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م.

٢٨- عبد الرحمن بن قاسم، (ت ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م)، **الإحكام شرح أصول الأحكام**، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ

٢٩- عبد الرزاق الصنعاني، (ت ٢١١هـ/٨٢٧م)، **المصنَّف** الطبعة الثانية، توزيع المكتب الاسلامي، بيروت، ١٩٨٣.

٣٠- عبد السَّميع الآبي، **جواهر الإكليل**، دار الفكر، بيروت.

٣١- عبد الله بن أبي شيبة، (ت ٢٣٥هـ/ ٨٤٩م)، **المصنَّف** الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م.

٣٢- عبد الله الكوهجي، **زاد المحتاج**، الطبعة الثانية، طبع على نفقة إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ١٩٨٧م.

٣٣- عبد الله بن مودود الموصلي، (ت ٦٨٣هـ/ ١٢٨٤م)، **الإختيار لتعليل المختار**، دار المعرفة، بيروت.

٣٤- علاء الدين بن حُسام الدين الهندي، (ت ٩٥٢هـ/ ١٥٤٥م)، **كنز العمّال**، مؤسسة الرُسالة، بيروت، ١٩٩٣م.

٣٥- علاء الدين الحصكفي، (ت ١٠٨٨هـ/ ١٦٧٧م)، **الدُر المختار وعليه رد المحتار**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.

٣٦- علاء الدِّين السمرقندي، (ت٥٣٩هـ/ ١١٤٤م)، **تحفة الفقهاء**، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.

٣٧- علاء الدّين الكاساني، (ت٥٨٧هـ/ ١١٩١م)، بدائع الصنائع، دار الكُتب العلمية، بيروت.

٣٨- علاء الدّين المرداوي، (ت٨٨٥هـ/١٤٨٠م)، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث الغربي، بيروت.

٣٩- علي بن التركماني (ت٧٥٠هـ/١٣٤٩م)، الجوهرالنقي المطبوع بها مش سنن البيهقي، دار الفكر، بيروت.

٤٠- علي بن حزم الظاهري، (ت٤٥٦هـ/١٠٦٤م)، المحلى، دار الجيل، بيروت.

٤١- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام.

٤٢- علي الدار قطني،(ت ٣٨٥هـ/١٩٩٥م)، سنن الدّار قطني، وبذيله التعليق المغني على الدار قطني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة.

٤٣- علي السّمناني،(ت ٤٩٩هـ/١١٠٥م)، روضة القضاة، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت ، ودار الفرقان، عمان، ١٩٨٤م.

٤٤- علي الشبراملسي، (ت ١٠٨٧هـ/١٦٧٦م)، حاشية الشبراملسي، على نهاية المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.

٤٥- علي الطباطبائي،(ت ١٢٣١هـ)، رياض المسائل، الطبعة الأولى، دارالهادي، ١٩٩٢م.

٤٦- علي العدوي، (ت١٢٠١هـ /١٧٨٦م)، حاشية العدوي المطبوعة بهامش شرح الخرشي، دار صادر، بيوت.

٤٧- علي الكركي،(ت ٩٤٠هـ / ١٥٣٣م)، جامع المقاصد، الطبعة الأولى، ١٩٩١م.

٤٨- علي الماوردي، (ت٤٥٠هـ/١٠٥٨م) الحاوي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.

٤٩- كمال الدين بن الهُمام،(ت ٨٦١ هـ/١٤٥٦م)، فتح القدير، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥.

٥٠- مالك بن أنس (١٧٩هـ/ ٧٩٥م)، الموطا، الطبعة الثانية عشرة، دار النفائس بيروت، ١٩٩٤م.

٥١- محمد بن يوسف إطفيّش (ت ١٣٣٢هـ/١٩١٤م)، شرح النيل وشفاء العليل، الطبعة الثالثة، مكتبة الارشاد، جده، ١٩٨٥.

٥٢- محمد البخاري، (ت ٢٥٦هـ/٨٧٠م)، صحيح البخاري، عالم الكتب، بيروت.

٥٣- محمد البخاري، (ت ٢٥٦هـ/٨٧٠م)، الادب المفرد، الطبعة الأولى، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ١٩٨٦م.

٥٤- محمد البطاشي، غاية المامول، ١٩٨٦م.

٥٥- محمد الترمذي، (ت ٢٧٩هـ/٨٩٢م) سنن الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧م.

٥٦- محمد الخرشي، (ت ١١٠١هـ/١٦٨٩م)، شرح الخرشي، دار صادر، بيروت.

٥٧- محمد بن رشد القرطبي، (ت ٥٩٥هـ/١١٩٨م)، بداية المجتهد، الطبعة الثالثة، الناشر مكتبة الخانجي للطبع والنشر والتوزيع.

٥٨- محمد الخطيب الشربيني، (ت ٩٧٧هـ/١٥٦٩م)، مغني المحتاج دار الفكر، بيروت.

٥٩- محمد بن علي الشوكاني، (ت ١٢٥٠هـ/١٨٣٤م)، السّيل الجّرار، القاهرة، ١٤٠٤هـ.

٦٠- محمد الطوسي، (ت ٤٦٠هـ/١٠٦٧م)، الخلاف، مؤسسة النشر الاسلامية.

٦١- محمد أمين بن عابدين، (ت ١٢٥٢هـ/١٨٤١م)، رد المحتار على الدُّر المختار شرح تنوير الابصار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٤).

٦٢- محمد جمال الدين العاملي، (ت ٧٨٦هـ/١٣٨٤م)، اللُّمعة الدمشقية، دار التعارف للمطبوعات، بيروت.

٦٣- محمد الغزالي، (ت ٥٠٥هـ/١١١١م)، الوسيط في المذهب، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٧م.

٦٤- محمد الفيروز أبادي، (ت ٨١٧هـ/١٤١٤م)، القاموس المحيط، راجع الوصية

٦٥- محمد الكاندهلوي، (ت بعد ١٣٤٨هـ/ بعد ١٩٣٠م)، اوجز المسالك دار الفكر، ١٩٨٩م.

٦٦- محمد بن ماجه القزويني، (ت ٢٠٧هـ/٨٢٢م)، سنن ابن ماجة الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٦م.

٦٧- محمد بن مفلح (ت ٧٦٣هـ/١٣٦٢م)، الفروع، الطبعة الرابّعة، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٥م.

٦٨- محمد بن منظور، (ت ٧١١هـ/١٣١١م)، لسان العرب، لسان اللسان.

٦٩- محمد المّواق، (ت ٨٩٧هـ/١٤٩٢م)، التاج والاكليل على مواهِب الجليل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمِية، بيروت.

٧٠- مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت ٢٦١هـ/٨٧٥م)، صحيح مُسلم، الطبعة الرّابعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩١م.

٧١- منصور البهوتي، (ت ١٠٥١هـ/١٦٤١م)، كشّاف القناع، دار الفكر، لبنان، ١٩٨٢م.

٧٢- منصور البهوتي، (ت ١٠٥١هـ/١٦٤١م)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٤م.

٧٣- يحيى بن شرف النووي، (ت ٦٧٦هـ/١٢٧٧م)، روضة الطالبين، الطبعة الثالثة، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٩٩١م.

٧٤- يحيى بن شرف النووي، (ت ٦٧٦هـ/١٢٧٧م)، صحيح مُسلم بشرح النووي، دار الكتب العلمية، بيروت.

٧٥- يوسف البحراني، (ت ١١٨٦هـ/١٧٧٢م)، الحدائق الناضرة، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقيم المشرفة.

ثانياً: قائمة المراجع

١- علي أبو الخير، الواضح في فقه الإمام احمد، الطبعة الأولى، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ١٩٩٥م.

٢- فتحي الدريني، بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر.

٣- محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٩٣م.

٤- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجة، الطبعة الثالثة، الناشر مكتب التربية العربي لدول الخليج، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨.

٥- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨م.

٦- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل، الطبعة الثانية، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٩٨٥م.

٧- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق.

٨- وهبة الزحيلي، الوصية والوقف في الشريعة الاسلامية الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٩م.

IN THE NAME OF GOD MOST GRACIOUS MOST MERCIFOL

Praise be to the lord, the lord of the worlds, and praise be upon his last apostle, and be upon his family, his company, and be upon all who are following him suit up till the day of judgement.

This research which is entitled " relinquishment rules of financial donations in Islamic jurisprudence and Jordanian law" that discusses a subject of an essential importance because it is necessary to the life of all people that is needed all the time. All of us might practise this issue as a donor or being donated to, and so we are in need to have the knowledge of the end of these donations and every-thing about in case of getting faults and sins. From now, we can understand the importance of this subject for it is a subject must be studied and searched. For that reason, I granted it my super care and a hard work where I spent on preparing and composing it about three years, During these years, I faced problems and a heavy burden that I had to be more careful and a ware of this research to be more serious and concious of it.

Our previous jurisprudents studied this subject while discussing of donations subjects, but I found that they shortly studied it and their study was so brief and not complete and does not serve it completely or clearly and they did not study the subject in the fields of Islamic teachings, For that, I put the summary in a narrow and short composed one, and to complete this, I explained this subject by refering to all jurisprudence teachings giving their evidences on each matter as well as I was very careful not to leave any thing about that without a complete explaining and moved any imbiguity to be clear to get a complete and comprehensive explaining to each part of the subject without having any shortage.

My way that I followed in this research, is the way of discussing and studying the most important subjects that belong to the essential ones in the fields of this research where I was conscious of studying all matters and mentioning all evidences and the views of each teaching of the same degree of care that I had given to the other teachings, and investigating of the views and the evidences that I faced. I did not leave any thing without full explaining and giving

my point of view and explained it in the spirit of the justice researcher who knows nothing only the right thing and no more than fighting with, which I follow in my life under God's will, I had in this research so many discussions of the jurisprudents to achieve the aim of getting the right views, I studied and searched for jurisprudents' discussions in the books that care about this subject, but I did not have any full explaining, so I relied on myself in discussing the views and criticizing the evidences, This research comes to show what is about and to express the researcher's personality, and this which I placed in my way of life to have a clear and known personality in my work not to be only a carrier that I just gather the views and place them without putting the jurisprudence personality which this research was aimed to achieve.

I placed this research in an introduction and five parts:-

Through the introduction, I explained the importance of the subject and the reason for choosing, and my way of work and past studies and the problem of study and research

- **The first part**, I considered and made it an elementary part where it was about the concept of " relinquishment" in language, and in terminology and to explain its field and effect, I understood that " relinquishment" is abrogating of a contract after having completing and its fields contracts and the right behaviors and not the wrong ones. And its effect begins from the time of " relinquishment" and it has no relinquished effect on the period that comes before " relinquishment".

- **The second part** of this research was made to the explaining of the rule of " relinquishment" of " gift" in its general comprehensive meaning " present and almsgiving and gift" in its particular meaning, I divided this part into eleven categories and I divided the first, second, third and forth to be an introduction to this part where these sections include the meaning of " gift" in its particular meaning and the definition of " almsgiving", and the critic to the views of jurisprudents and the investigating to get the right meaning and each section has the super care because they serve the subject of " relinquishment" is right or wrong while a situation of

donation happens in front of him with out differentiating among " gift or grant or almsgiving". No doubt, that he has not the ability to differentiate among them unless he defines them comprehensively, on the other hand, " almsgiving" has a special definition in jurisprudents' discussion " Relinquishment" is different from " gift" grant, almsgiving".

In this case, an explaining must be done to give each one clear definition to have a good judgement.

- **The fifith section** talks a bout the commitment of " gift" and the different views of Jurisprudents about, some said, " the commitment of it by a contract" others said, " it is not affirmed only by having it" and some of them said, " nothing about its commitment".

I explained the rules of " revenues" by having evidences from jurisprudents' explainations because the condition of the commitment of " gift" in their views, it is based on the completion of the commitment and any wrong in " gift" is considered in the commitment and this matter is related to the matter of " relinquishment".

- I discussed in **the sixth section**, the " gift and present" rule of " relinquishment" as well as I explained that jurisprudents were in disagreeing that nine views in discussing this matter and I mentioned and explained these views as well as the evidences.

I support what " Al- shafiah" says; " gift" after having the form of commitment and having or revenues, it is forbidden to have it back only by father or any one of the relatives of the two parts. I explained the rule of " relinquishment" through the Jordanian law and I show every thing about that.

- **The seventh section**, I talked about the detials of " almsgiving" rule of " relinquishment" where I found that jurisprudents gave a special rule to " relinquishment" not to the rule that was given to them did not differentiate among them all that is suitable for one that is not for the rest.

- **In the eighth section** of this research I talked about the condition of " gift" to be substitute, and I explained the case of this contract and its kinds where it is known and unknown as well.

I explained the views of jurisprudents in validity in these two types as well as I explained their jurisprudent conditioning of the two mentioned types of this contract, Finally I concluded that jurisprudents had considered this contract selling even if it was mouthed as " gift" firstly.

- **In the nineth section**, I talked about the pronounciations of the words that denote relinquishment and the behaviors that indicate such as, selling and gift and so on. I explained the views of jurisprudents, and their evidences on each behavior of these behaviors.

I made the tenth section of this research to show the views of jurisprudents of the way of " relinquishment" when it is right as well as the difference among them and their evidences on the matter of the need to relinquishment to a perfect judgement or need not in the case of disagreement between the two parts about relinquishment, I also used this in the explanation of the view of law in this question.

- **In the eleventh section,** I granted it to talk about the disagreement of jurisprudents in considering the abrogation of the donor's right in " relinquishment".

Some jurisprudents said, " his right is abrogated when he dose so", but others were against this idea.

The third part of this research talks about the " relinquishment" in borrowing, I divided this part into five sections.

The first section of the third part of this research is made for the definition of " borrowing" in language, in the canonical law of Islam and in law.

In the second section, I explained the " relinquishment" rule in " borrowing" and I concluded that the view of jurisprudents in this question is that; " borrowing" is a contract of not committed temporary or absolute that the owner has the right of " relinquishment" whenever he wants.

In the third, forth and the fifth ones, I talked about the " relinquishment" rule of the borrowed land for growing or burying or building and I explained how the Islamic law was careful of this matter and I talked about the person who borrows in details mentioning all methods and the rights of the both parts.

In the forth part of this research, I talked about the " relinquishment" in " endowment" and discussed the disagreement of jurisprudents about " endowment" and how can be commitment thing, some of them said, " it is committed by having it" and others said, " it is like so by saying only", and I explained the " relinquishment" rule in " endowment" and I concluded that jurisprudents, all agree that it is committed when it is valid and with complete conditions, so it can't be returned.

The last part of this research, I explained the " relinquishment" rule in " recommandation". I concluded that jurisprudents agree that the counting of it, is a contract of not commitment and he has the right along his life. If he died, it is committed.

In the end of my research, I placed all the conclusions in the form of explained points.